

THÈSE DE
DIJON.
1889
N^o. 2.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DES
MODES D'INTRODUCTION
DE L'INSTANCE CIVILE
EN DROIT ROMAIN

ESSAI
SUR LA COMPARUTION
DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 21 Février 1889

PAR

E.-P. LORY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

DIJON

IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

Place Darcy, 9.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DES
MODES D'INTRODUCTION
DE L'INSTANCE CIVILE
EN DROIT ROMAIN
ESSAI
SUR LA COMPARUTION
DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 21 Février 1889

PAR

E.-P. LORY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Sous la présidence de M. GUENÉE, *professeur*.

SUFFRAGANTS { MM. DUVERDIER DE SUZE, *professeur*.
DESSERTAUX, *id.*
LOUIS-LUCAS, *agrégé*.

DIJON

IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

Place Darcy, 9.

THÈSE ROMAINE

DES

MODES D'INTRODUCTION

DE L'INSTANCE CIVILE

DES

MODES D'INTRODUCTION

DE L'INSTANCE



PROLÉGOMÈNE



La réforme de la procédure est une des questions les plus étudiées et les plus discutées de nos jours. Peu de nos institutions en cette matière, quoique consacrées par un usage immémorial, échappent à la critique. Elles ne répondent pas, dit-on, à la notion idéale et théorique qu'on se fait de l'administration de la justice.

Une de ces institutions les plus attaquées est notamment notre mode d'introduire les instances, auquel on reproche sa complication et sa cherté (1). Il nous a paru intéressant, en un pareil moment, de rechercher quelles avaient été sur ce point les idées des Romains, nos maîtres dans la science juridique. Tel sera l'objet de cette étude.

(1) De bons esprits voudraient remplacer l'assignation actuelle, donnée par huissier, par un simple avertissement, énonçant plus ou moins les motifs de la demande, qui serait remis soit par la poste, comme lettre chargée, soit par la gendarmerie.

Chaque fois qu'on veut s'occuper d'une institution romaine, il faut successivement examiner comment elle a été réglémentée par la loi des Douze Tables, base de la législation, rechercher les modifications apportées aux règles anciennes par le préteur, enfin étudier les innovations des empereurs.

Nous suivrons cet ordre dans nos explications. Nous consacrerons un chapitre particulier à la législation des Douze Tables, un autre à celle du préteur, un troisième à celle des empereurs. Nous dirons en même temps quelques mots d'une institution très voisine de l'introduction de l'instance, intimement liée à elle, par des liens si étroits qu'on ne peut guère parler de l'une sans parler en même temps de l'autre, j'ai nommé la *cautio in jure sistendi*. Mais, avant d'entrer dans le vif de notre travail, nous débiterons par une introduction, dans laquelle nous essaierons de montrer les différentes manières dont les Romains ont successivement conçu l'appel en justice, les idées auxquelles ils obéissaient en le réglémentant et le développement de leur droit à cet égard. Nous donnerons ainsi une vue d'ensemble sur notre sujet et nous n'aurons plus, dans les chapitres suivants, qu'à nous occuper des détails.

INTRODUCTION

L'idée dominante du droit romain primitif, de celui de l'origine de ce peuple célèbre, est celle de justice privée (1), idée qui lui est commune avec tous les peuples primitifs de l'antiquité, et avec les peuples sauvages de nos jours.

C'était à chacun à se faire justice à soi-même, à décider s'il avait tel ou tel droit, à s'en mettre en possession à l'aide de ses seules forces physiques et de ses armes. La lance était la source de toute propriété ; elle en est toujours restée l'emblème à Rome. L'Etat n'intervenait jamais pour la réalisation d'un droit privé, si ce n'est dans des cas absolument particuliers, quand le magistrat voyait qu'un citoyen, dont la prétention était évidente, n'arrivait pas à lui seul à la faire triompher. Ce magistrat pouvait alors, sans que cela toutefois fût pour lui une obligation, prêter au citoyen le secours de ses licteurs. *I, lictor, submove*

(1) Voy. à ce sujet von Ihering, tome I, page 119 et suiv.

turbam, et da viam domino adprehendendum mancipium, disait-il à ses gardes. (Tite-Live, III, 48.)

Mais, remarquons-le, il n'y avait là qu'un appui bienveillant donné à la force privée; jamais la force publique, à cette époque, ne nous apparaît comme un instrument principal d'exécution.

En se faisant justice à eux-mêmes, les Romains ne devaient observer qu'une seule règle. Ils ne devaient poursuivre la réalisation complète d'un droit, qu'autant que ce droit était certain, manifeste, ne choquait pas les sentiments naturels du peuple et la conscience publique, seule loi d'alors et produit du sentiment de la conservation propre basée sur le respect des forces propres. *Neque enim, qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare*, disaient les juriconsultes; celui qui a un droit évident n'a pas besoin de recourir à l'autorité pour le faire reconnaître, ni pour le faire réaliser; la réalisation ne concerne que l'intéressé (1). Si au contraire le droit n'était point évident, et par là on entendait que le débiteur n'était pas *nexus*, *confessus* ou *judicatus*, la prudence commandait de mettre la masse des citoyens de son côté en sollicitant l'opinion du magistrat. Autrement la prétention aurait pu paraître injuste à quelques-uns, elle aurait pu les froisser, exciter leur colère, allumer en eux le désir de la vengeance. Comme la vengeance constituait un droit, ces hommes se seraient réunis au débiteur pour l'aider dans sa défense privée; de là seraient nées des luttes sanglantes qui auraient pu entraîner un combat général entre partisans et adversaires des deux parties en cause, car la justice populaire, à cet âge du monde, faisait respecter la morale

(1) Von Ihering, tome I, page 123.

populaire offensée (1). Il existait une sorte de loi du lynch.

En pratique ces idées s'étaient traduites ainsi :

Tout citoyen, élevant une prétention, avait le droit d'en poursuivre immédiatement la réalisation à ses risques et périls, et cela par la *manus injectio*, la force brutale, seule voie d'exécution connue, et qui était élevée à la hauteur d'une institution.

Rencontrant son débiteur, le créancier le sommait de lui accorder satisfaction ; sur son refus il le saisissait, le mettait sous sa puissance. Il pouvait l'enchaîner et le faire travailler pour son compte. C'était là le résultat d'un jugement de sa justice privée. Cependant, en agissant ainsi, il pouvait blesser la conscience populaire, occasionner des querelles dans la ville, s'exposer à des dangers. Aussi l'usage voulait qu'une fois maître de son débiteur, avant de l'emmener chez lui, il le conduisit devant le magistrat afin de faire constater à celui-ci que le droit, en vertu duquel il avait agi, était certain et que la justice n'avait pas été violée. La première phase de la *manus injectio* était la *deductio in jus*. La première parole du saisissant au saisi était celle-ci : « *In jus i.* » Marche au prétoire. Si le saisi se prétendait appréhendé à tort, c'était là, devant le magistrat, qu'il essayait d'obtenir protection en intéressant la société à sa cause, et en s'efforçant de démontrer au juge que la conscience publique avait été froissée en sa personne. Le procès ne nous apparaît ainsi que comme un incident de l'exécution d'un jugement de justice privée. Si le droit du saisissant était certain, si le saisi ne le contestait pas devant le juge, celui-ci ne pouvait que constater le fait et

(1) Von Ihering, tome I, p. 123.

laisser agir le créancier. Si le droit était contesté, le juge écoutait et statuait. Pour éviter des troubles dans la ville, il prêtait au défendeur l'appui de ses lieutenants pour se débarrasser de l'étreinte de son adversaire, quand il reconnaissait la prétention mal fondée.

Mais, que le droit fût certain ou incertain, le demandeur pouvait toujours recourir à la *manus injectio* pour amener devant le juge son adversaire ; c'était là seulement qu'il devait s'arrêter dans sa voie d'exécution, à peine de commettre une injustice et de s'exposer à tous les inconvénients d'un pareil acte. Le *manu injectus* jusque-là devait suivre l'*injiciens*, sans mot dire, car il était déjà sous sa domination, il subissait déjà l'exécution d'un jugement de justice privée, jugement qui n'était point encore définitif, mais qui n'avait point encore été non plus désapprouvé par le magistrat. Ce *manu injectus* ne pouvait donc à lui seul, *manum sibi depellere*, s'arracher à l'étreinte du demandeur.

Le *vocatus in jus* était considéré comme le *confessus* ou le *condemnatus*, et l'emploi de la violence à son égard était autorisé (1). Pour qu'il recouvrit sa liberté, les conditions requises pour l'emploi de la *manus injectio* devaient

(1) Voir à cet égard von Ihering, tome I. — Puchta, *Cours d'Institutes*, II, § 160, et aussi Keller, *de Rom. Civilpro.* § 56. — Rudorff, *Histoire*, II, p. 209. — Bethmann Hollweg, p. 106. Ces derniers auteurs soutiennent une opinion quelque peu divergente de la nôtre ; ils ne veulent voir dans la *manus injectio* de l'*in jus vocatio* qu'une simple application de la force physique, et ils ne la rattachent pas à la *manus injectio*, voie légale d'exécution. Cette dernière opinion ne nous semble pas rendre compte du rôle du *vindex* aussi bien que la nôtre, en faveur de laquelle, du reste, on peut invoquer un texte de Tite-Live, III, 57 : *Si ad judicem non eât, pro damnato in vincula duci jubere*. Que le récalcitrant soit considéré comme un *condemnatus* ; d'où la conséquence qu'on pourra agir vis-à-vis de lui comme vis-à-vis de tous les condamnés. Je renvoie du reste à ce sujet à ce que dit von Ihering, tome I, p. 159.

manquer tout à coup, le droit de *deductio in jus* devenir incertain, c'est-à-dire qu'un tiers devait intervenir, qui vint réclamer le *vocatus* comme lui appartenant, *eum vindicare*, d'où son nom de *vindex*. Devant cette prétention, le droit même du demandeur à emmener son adversaire *in jure* devenait incertain, puisque cet adversaire pouvait être la chose d'un autre ; en vertu des principes généraux, le demandeur devait abandonner le défendeur pour se rendre au prétoire avec l'intervenant. L'exercice de la *manus injectio* ne pouvait être autrement légalement contesté ; il fallait trouver un *vindex* pour aller soutenir le procès à votre place.

Ainsi l'introduction d'une instance nous apparaît comme un acte de justice privée. *L'in jus vocatio* est le commandement fait au nom de cette justice, voilà pourquoi on peut dire : « *a privato in jus vocari est potestas.* » La *deductio in jus* est la première phase de l'exécution *per manus injectionem* du jugement ; d'où son caractère autoritaire, d'où la brièveté et le ton impératif de ses paroles, qui sont bien celles d'un maître à son inférieur : *In jus i, — in jus ambula* ; d'où aussi l'impossibilité de la faire subir à des absents.

Sous l'empire de la première législation de Rome, on ne pouvait lier une instance avec un défendeur défaillant. Cela tenait justement à la conception qu'on se faisait de l'introduction des procès. Phase de l'exécution d'un jugement de justice privée *per manus injectionem*, elle ne pouvait s'appliquer qu'à des gens présents. On ne met pas la main au collet d'absents ou de latitants. L'introduction de l'instance, en quelque sorte, ne précédait point alors la décision à prendre sur le fond du droit ; elle la suivait au contraire ; elle n'intervenait que comme un moyen

de faire ratifier cette décision dans les cas douteux, et de mettre l'exécutant à l'abri d'une vengeance de l'opinion publique outragée. L'exécution du droit et la décision du juge se trouvaient dans un rapport précisément invers de celui que nous concevons maintenant entre elles (1).

Grâce à ces explications, le rôle du *vindex*, sur lequel on a tant discuté, et qui, jusqu'à ces derniers temps, était encore si peu connu, nous apparaît clairement. Ce *vindex* n'est pas autre chose que le *vindex* de la *manus injectio*; c'est un homme venant rendre incertain, par sa prétention, le droit d'un autre sur un tiers, et forçant ainsi cet autre à abandonner le tiers jusqu'à ce que le magistrat les ait départis.

Si nous voyons le *vindex* succombant condamné à payer au demandeur une somme égale à l'intérêt du litige primitif, ce n'est point parce que, comme on l'a prétendu, il avait déduit en justice le droit du défendeur, parce qu'il avait plaidé la cause de ce dernier, et l'avait représenté. Toutes ces idées étaient complètement inconnues des Romains de ce temps. Mais il avait tenté de soustraire un débiteur à l'action légitime de la justice privée; il avait ainsi pris part à l'injustice de ce débiteur récalcitrant, et commis une faute égale à la sienne (2).

Il était réputé tel par suite de l'étroitesse originaire du sentiment juridique, qui se confondait à ces âges primitifs avec le sentiment du droit propre. L'injustice n'était ressentie que dans ses effets au lieu d'être appréciée dans sa cause. Que le coup ait été porté avec intention, ou par mégarde, qu'importait à celui qui l'avait reçu; il sentait

(1) Von Ihering, tome I, p. 157 et 158.

(2) Von Ihering, tome I, p. 133.

la douleur, et la douleur le poussait à la vengeance, l'incitait à faire éprouver à son agresseur une douleur égale à celle que lui-même avait ressentie (1). L'effet de l'intervention du *vindex* avait été de faire craindre au demandeur la perte de son droit par suite de l'abandon de son débiteur, dont il ne réussirait peut-être plus à s'emparer ; il avait éprouvé toutes les émotions de cette crainte, le *vindex* devait donc éprouver une émotion pareille et l'indemniser d'un pareil souci.

Il avait commis un acte qui appelait vengeance, demandait une *pœna*. Cette *pœna*, à une époque où les dommages-intérêts et la vengeance se confondaient, devait être égale au montant de l'intérêt du premier litige. Voilà la cause de l'obligation du *vindex* succombant.

Cette conception de l'*in ius vocatio* domina toute la première période du droit romain et, notamment, la législation des Douze Tables, qui en porte l'empreinte profonde. C'est à peine si la civilisation, en se développant, apporta quelques adoucissements à la rigueur du droit primitif. Mais le souvenir des causes et des origines de ce droit se perdit rapidement. Les Romains conservèrent l'institution, ils en oublièrent la source, et aucun de leurs auteurs ne la mentionne.

Les immenses inconvénients d'une pareille conception de l'appel en justice sautent immédiatement aux yeux de tous. Les différends devaient être jugés sur l'heure, sans que le défendeur ait le temps de préparer sa défense. On ne pouvait prolonger son état de *deditio* conditionnelle ; on ne pouvait obliger le demandeur à relâcher celui qu'il avait saisi, c'eût été porter atteinte à son droit de justice privée.

(1) Von Ihering, tome I, p. 128.

Le magistrat devait statuer dans le jour sur toutes les affaires ; aucun procès ne devait durer plus longtemps : *solis occasus suprema tempestas esto*. Cela était possible à l'origine de Rome, quand la Ville éternelle n'était qu'une bourgade, où les causes étaient peu nombreuses ; cela devint moins commode quand elle s'agrandit, et, déjà, à l'époque des Douze Tables, le législateur avait dû prendre des précautions pour éviter l'encombrement du prétoire. C'était avant le milieu du jour que les causes devaient être introduites, afin que le magistrat dans la journée ait le temps de les examiner, *ante meridiem causam coïcunto* (1). Ces précautions elles-mêmes devinrent insuffisantes. Quand la population de Rome se développa, quand, de toutes parts, les étrangers affluèrent sur les bords du Tibre, il fut bientôt impossible matériellement de satisfaire tous les plaideurs le même jour ; il fallut souvent renvoyer des procès à une audience ultérieure. Le magistrat dut donc chercher le moyen de ne nuire à personne en modifiant la loi, et de concilier les exigences de la pratique avec le droit des parties. Il employa le procédé suivant : il faisait promettre aux plaideurs de revenir au tribunal à un jour fixe, et ceux-ci s'engageaient par contrat (ou peut-être le défendeur seul, il est fort difficile de se prononcer exactement sur ce point) à se représenter à ce jour.

Leur promesse était gagée par une sûreté personnelle, un *vas*, d'où le nom de *vadimonium* donné à cet engagement, c'est-à-dire le promettant qui s'engageait le plus étroitement, et dont l'obligation avait un caractère religieux, celui qui n'était donné que dans les causes les plus importantes, *in re capitali*, au dire de Festus. Il n'avait

(1) Loi des Douze Tables, table I. — Bruns, *Fontes juris*.

fallu rien moins que toutes ces garanties données au demandeur pour qu'on pût le forcer à suspendre l'exécution de sa justice, et à relâcher celui qu'il tenait sous sa puissance, *sub manu*. Il est probable pourtant que ce *vadimonium* ne fut pas une création spontanée et personnelle du magistrat. Il avait dû le trouver dans la pratique, et il ne fit que le transporter dans le droit et lui donner un usage nouveau.

Un des inconvénients de l'*in jus vocatio*, et ce n'était pas le moindre, était que le défendeur devait suivre sur-le-champ son adversaire, sans avoir le temps de préparer sa défense, sans pouvoir continuer sa route et gagner l'endroit où il se rendait et où l'appelaient peut-être d'importantes affaires, à moins qu'il ne trouvât un *vindex*. Aussi très probablement, en pareille occurrence, un citoyen, *vocatus in jus*, essayait de traiter avec son *vocans*, d'obtenir de lui la remise à un autre jour de l'exécution de son droit, lui promettant de se représenter à lui ce jour-là, et de se mettre à sa disposition pour qu'il pût exercer, si bon lui semblait, son *in jus vocatio*, et il était tout naturel que, dans ce cas, le lieu du rendez-vous donné fût le prétoire où l'on devait toujours se rendre. Ce contrat, qui intervenait alors, était garanti par des *vades*, c'était un *vadimonium*, et voilà très probablement comme s'introduisit cette promesse dans la matière de l'introduction des instances, par l'effet de la nécessité. Si plus tard on nous représenta ce *vadimonium* comme une promesse prétorienne, créée par le magistrat, c'est que ce fut lui qui, le premier, se servit de cette institution pour l'usage que nous avons indiqué plus haut : assurer une seconde comparution des plaideurs à sa barre ; mais il avait dû l'emprunter à la pratique plutôt que l'inventer.

Comment maintenant ce *vadimonium*, qui jusqu'à présent n'est qu'une institution voisine de l'*in jus vocatio*, se greffant sur elle et venant diminuer ses dangers, changea-t-il de rôle, et devint-il à son tour un mode particulier d'introduction des instances?

On ne tarda point à comprendre qu'une fois le *vadimonium* échangé, l'*in jus vocatio* n'était plus qu'une vaine formalité, puisque sans elle la comparution du défendeur était assurée; on ne tarda pas non plus à se rendre compte que, puisque la première comparution devant le juge, fruit de l'*in jus vocatio*, était généralement inutile, car la cause n'était point suffisamment préparée et étudiée pour permettre au juge de statuer sainement et utilement (le droit était devenu plus compliqué), mieux valait recourir de suite à ce qu'on aurait toujours été obligé d'employer plus tard, le *vadimonium*, et de ne se présenter au magistrat que parfaitement armé pour la défense et pour l'attaque. Le demandeur, rencontrant son adversaire, lui demandait donc le *vadimonium* au lieu de le *vocare in jus*, et ce *vadimonium* ne devait guère être refusé, car ce refus aurait été suivi de l'*in jus vocatio* immédiate, et n'aurait abouti qu'à une promenade inutile au forum, dont la fin forcée aurait été ce *vadimonium* refusé. Du reste ce procédé présentait trop d'avantages sur l'ancien, comme nous le verrons plus tard, pour qu'il ne lui fût point préféré. C'est ainsi que ce contrat devint un procédé d'assignation.

Est-ce la pratique ou l'autorité législative qui réalisa définitivement le progrès? Nous ne savons rien de précis sur ce point. De la part de la pratique et de simples citoyens cette innovation aurait peut-être été un peu hardie. Il est permis de conjecturer, et cette conjecture cadre bien avec la date de l'apparition du *vadimonium*,

date que nous essaierons d'établir dans un de nos chapitres suivants, que ce fut le prêteur pérégrin qui accomplit la réforme.

L'*in jus vocatio* était une institution essentiellement de droit civil, puisqu'elle était un acte de justice privée. Seuls les citoyens pouvaient l'employer, car à eux seuls il pouvait être permis de se faire justice. Les pérégrins ne pouvaient donc point y recourir. Allait-il s'ensuivre qu'ils ne pourraient jamais introduire une instance? C'était inadmissible. A une époque où ils accouraient en foule à Rome, dont ils allaient porter la population à près de cinq cent mille âmes et à un million bientôt (1), il fallait de toute nécessité leur créer la possibilité de se faire rendre justice, d'amener leurs adversaires devant le prêteur pérégrin, qui était créé pour eux (2). Ce prêteur eut donc la tâche de leur chercher et de leur trouver un mode d'assignation. Comment s'y prit-il? Il fit pour cette matière ce qu'il avait déjà fait pour d'autres. Il jeta les yeux sur le droit civil, et créa pour les pérégrins une institution analogue à celle qui existait pour les citoyens, n'en retranchant que les prescriptions que la qualité de citoyen autorisait seule à observer. C'est ainsi qu'il créa les actions *in factum*; c'est ainsi encore qu'il allait faire du *vadimonium* un mode d'introduction des instances.

Il le vit dans le droit civil, avec les emplois que nous avons indiqués. Il constata qu'il formait en réalité la partie dominante de l'introduction actuelle des instances, que l'*in jus vocatio* n'était plus qu'une simple formalité; il fut frappé des avantages que ce contrat pourrait offrir dans

(1) Voir, à ce propos, de Bœck, *du Prêteur pérégrin*, thèse.

(2) Voir au même la cause de la création du prêteur pérégrin.

sa nouvelle fonction. Par son édit il la lui donna, et plus tard le préteur suivit aussi son exemple.

C'est ainsi qu'à la conception d'acte d'exécution d'un jugement de justice privée, de phase de la *manus injectio*, succéda, pour l'appel en justice, la conception de contrat, qui fut celle sous laquelle il fut envisagé pendant toute la période de la République et les premiers temps de l'Empire.

Pour en trouver une nouvelle idée, il faut aller jusqu'au temps de Marc-Aurèle et à l'apparition de la *litis denuntiatio*. A cette époque, plusieurs des grands jurisconsultes romains avaient déjà composé leurs ouvrages, ils avaient déjà donné ces magnifiques analyses du droit que nous admirons encore aujourd'hui. Ils ne voyaient plus, et à leur suite le peuple ne voyait plus dans l'introduction d'une instance la suite d'un contrat. Ils s'en faisaient une idée plus philosophique et plus élevée. La justice privée n'existait plus, on ne la comprenait plus, on comprenait au contraire l'intervention de l'autorité dans tous les procès, on comprenait la justice rendue au nom de l'Etat et non au nom d'un simple citoyen. Quand un Romain avait un droit contesté à faire valoir, on ne concevait qu'une chose, c'est qu'il s'adressât à la société elle-même pour qu'elle l'en mit en possession. C'était elle alors qui, pour s'éclairer, faisait comparaître à sa barre le défendeur, en vertu d'un ordre qu'elle lui adressait par ses officiers, les *executores*, ordre qui contenait commandement d'avoir à se rendre au tribunal, et d'avoir à préparer sa défense sur tels et tels points spécialement indiqués. Répondre à un pareil ordre était un devoir rigoureux et sanctionné. Celui qui y manquait commettait une faute; le demandeur qui, au jour indiqué, ne comparaisait pas, en commettait une autre; il manquait de respect au tribunal réuni pour le

protéger, il occasionnait à son adversaire un dérangement inutile et vexatoire. Ces fautes étaient causes de dommages-intérêts et sources de condamnation.

Telle était la nouvelle conception de l'appel en justice. C'était un ordre, émanant de l'autorité, auquel il fallait répondre, et il y avait faute à ne pas le faire, comme il y avait faute également de la part du demandeur à défaillir après avoir sollicité de la justice un pareil ordre et l'avoir fait donner. Quant à cet ordre, on le comprenait fait de telle manière qu'il permit d'engager utilement le débat dès la première audience.

La *litis denuntiatio*, comme la *libelli conventio*, sont entièrement dominées par ces idées, qui ont subsisté jusqu'à nos jours et qu'on retrouve encore dans notre assignation. Ce fut avec ces deux créations des empereurs qu'elles entrèrent officiellement dans le droit romain, ou plutôt qu'elles y furent reconnues, car elles avaient cours auparavant. Elles étaient le résultat des recherches philosophiques et des méditations des juriconsultes, et Marc-Aurèle, en créant la *litis denuntiatio*, ne fit que sanctionner un usage et lui donner une portée juridique.

Après cet aperçu rapide du développement de la législation romaine relativement aux points qui nous occupent, passons aux détails, et parlons successivement des différents modes d'introduction des instances qui ont existé à Rome.

CHAPITRE PREMIER

DU RÉGLEMENT DE L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE A ROME PAR LA LOI DES DOUZE TABLES.

Ce fut l'objet de la Table première, qui fu ttout entière consacrée à cette matière (1) et qui reflète complètement les idées primitives signalées par nous dans notre introduction, adoucies et mitigées pourtant par la civilisation qui s'était développée.

Cette Table parait avoir été lue et reconstituée dans son entier, si ce n'est dans sa partie où elle devait traiter de

(1) Voy. Bruns, *Fontes juris*, p. 17. D'après cet auteur, le texte de cette table serait le suivant : 1. *Si in jus vocat, ito. Ni it, antestamino : igitur em capito.* — 2. *Si calvitur pedemne struit, manum endo, jacito.* — 3. *Si morbus ævitasve vitium escit, jumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito.* — 4. *Assiduo vindex assiduus esto, proletario iam civi quis volet vindex esto.* — 5. *Nex..... forti sanati.....* — 6. *Rem ubi pacunt, orato.* — 7. *Ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coïcunto. Cum peroranto, ambo præsentis.* — 8. *Post meridiem præsentis litem addicito.* — 9. *Si ambo præsentis, solis occasus suprema tempestas esto.* — 10. *Cum proletarii et assidui et sanates et vades et subvades et XXV asses et taliones..... evanuerint, omnisque illa XII Tabularum antiquitas lege æbutia lata conscripta sit.*

la manière d'assigner certains individus particuliers, les *nexi*, les *sanati* (1), par exemple; de cette partie il ne nous reste que les mots *nexi*, *forti*, *sanati*. Nous ne pouvons donc savoir ce qu'elle prescrivait à leur propos.

Voici, d'après ce texte, comment l'introduction de l'instance était organisée :

L'appel en justice était un acte essentiellement privé; *a privato in jus vocari est potestas*, telle était la règle, et c'est en supposant cela constant que la loi des Douze Tables disait : « *Si in jus vocat*, » si quelqu'un en appelle un autre en justice. Elle ne parle d'aucune autorisation préalable, d'aucune intervention de l'autorité; nous savons que l'autorité n'avait rien à voir dans cet appel. Peut-être, dans certains cas particuliers, à l'égard de certaines personnes haut placées dans la hiérarchie sociale, ou dans la famille, dérogeait-on à cette règle? Cela est même probable, car le préteur n'aurait point complètement innové en cette matière; il a dû à ce propos plutôt compléter que créer le droit; ses prescriptions ont un certain caractère religieux qui tendrait à le faire supposer. Plus on remonte haut dans l'antiquité, plus on voit les chefs de la famille entourés de vénération; des mesures de respect à leur égard ne doivent donc pas être l'œuvre d'un temps relativement récent. Mais la loi est muette sur ce point, et nous devons nous borner aux hypothèses.

Le demandeur, rencontrant son adversaire, lui disait :

(1) Qu'était-ce au juste que ces *sanati*? On n'en sait absolument que ce que nous en dit Festus : « *Sanates dicti sunt qui supra in fraque Romam habitaverunt; quod nomen his fuit quia, cum defecissent a Romanis, brevi post redierunt in amicitiam, itaque in XII cautum est ut idem juris esset sanatibus quod fortibus, id est bonis et qui nunquam defecerent a populo romano.* »

in jus ambula, sequere; in jus i; in jus eamus; in jus te voco; ainsi du moins font parler leurs personnages Plaute et Térence (1). Ces paroles toutefois n'avaient rien de solennel et de nécessaire; c'étaient celles consacrées par l'usage, et pas autre chose. Si le défendeur était vieux, malade ou infirme, l'injonction devait être accompagnée de l'offre d'une bête de somme ou d'un chariot, ainsi le voulait la loi des Douze Tables : « *Si morbus ævitasve vitium escit, quis in jus vocabit, jumentum (2) dato,* » disait-elle (3); *si nolet, arceram ne sternito,* continuait-elle.

La *vocatio* devait être faite en présence de témoins; c'était là la seule chose qu'elle exigeait. Elle était un acte de justice privée, et tous les actes de justice privée devaient se faire devant témoins (4). Faits en dehors de la présence du public, ils auraient été dépouillés de toute sanction, ils n'auraient point constitué un acte juridique, l'*in jus ambula* n'aurait point autorisé l'emploi de la *manus injectio*.

L'*in jus vocatio* ne réclamait aucune autre formalité. « La justice privée nous apparaît sans forme dans l'ancien droit lorsqu'elle n'en exige aucune (5). » Le concours d'aucun fonctionnaire public, la nécessité d'aucune expli-

(1) Plaut. *Curcul.* act. V, sc. 2, v. 13.

(2) A propos de ce *jumentum*, je transcris ici une note de d'Aguesseau dans son *Commentaire du Digeste*, n. t. : « *Cæcilius*, dit-il, *apud Gellium*, liv. XX, cap. 1, *interpretatur* : *non unicum jumentum quo quis infideat, sed plaustrum quod junctis pecoribus trahatur*; *ibidem arceram interpretatur, vehiculum stratum*; *scilicet sufficiebat plaustrum suppeditare quo vocatus in jus veheretur, non vero tenebatur illud sternere.* » Le demandeur ne devait pas offrir une simple bête de somme, mais un chariot traîné par des bœufs; quant au chariot, il n'avait pas besoin d'être un chariot de luxe, une litière tapissée.

(3) V. Aulac-Gelle, XX, 1. — Zimmern, *Traité des actions*, p. 324.

(4) V. von Ihering, tome I, p. 142 et suiv.

(5) V. von Ihering, tome I, p. 152.

cation n'était nécessaire. Certains auteurs ont cru à l'obligation de cette dernière formalité, en se basant sur deux passages de Plaute. (*Curcu.* act. V, sc. 2, v. 22 et sc. 4, v. 76.) Ils oublient que Plaute est formel en sens contraire dans une autre partie de ses ouvrages : « *DOR. Quid me in jus vocas?* — *SAT. Illi apud prætorem dicam.* » (*Pers.* act. IV, sc. 9.) Une condition aussi capitale de l'*in jus vocatio*, du reste, aurait été mentionnée dans les textes juridiques.

L'*in jus vocatio* pouvait-elle être faite en tous temps et en tous lieux ?

Sur ces points nous serons forcément de la plus grande brièveté. La loi des Douze Tables en effet est muette à ce sujet. A peine si, de ses dernières lignes, on en pourrait conclure que, après le milieu du jour, cet acte juridique ne pouvait plus être accompli, *ante meridiem causam coicunto*; que, pendant la nuit, il était défendu, *solis occasus suprema tempestas esto*.

A l'époque suivante nous verrons le préteur, dans son Edit, prescrire l'observation de règles nombreuses relativement à ces questions; il est plus que probable que ces règles, consignées dans l'Edit, ne furent point une innovation du magistrat, qu'elles furent plutôt la consécration d'anciens usages; mais cette hypothèse, si vraisemblable qu'elle soit, n'étant corroborée par aucun texte, du moins à notre connaissance, nous ne voulons la donner que comme une hypothèse, et nous renvoyons au chapitre suivant les explications que nous aurons à fournir à ce propos. Tout ce que nous pouvons affirmer, c'est que, quant au temps, l'*in jus vocatio* ne pouvait être faite tous les jours. Elle était une injonction de suivre immédiatement le demandeur devant le magistrat, il résultait de là l'obligation

de ne faire cette sommation qu'aux jours où le magistrat pouvait siéger, c'est-à-dire pendant les *dies fasti* tout entiers, sauf la restriction que nous avons indiquée quelques lignes plus haut, pendant les *dies comitiales*, quand le peuple n'était pas convoqué, enfin pendant les *dies intercesi*, quand le magistrat rendait la justice. Les règles sévères du *fas* s'opposaient à ce qu'un acte judiciaire fût fait à un autre moment.

Quant au lieu, il est pour nous certain qu'un citoyen romain ne pouvait être appelé en justice, *vocatus in jus*, dans son domicile. Là encore les règles du *fas* et la religion s'y opposaient. Sur ce point existe une longue controverse, que nous retrouverons encore, et avec des éléments nouveaux, dans notre second chapitre. On dit à l'encontre de notre opinion : la loi des Douze Tables ne distingue pas entre le domicile et les autres lieux, *fati in jus vocatum confestim actorem sequi jusserant, non addita distinctione a domo an a via vocaretur* (1). Mais, sachons-le, surtout à l'époque où nous sommes, la maison n'était pas tant une habitation qu'un temple et un sanctuaire ; à sa porte étaient les dieux lares. Ils siégeaient dans son *atrium*, ils en gardaient l'entrée, et son seuil ne pouvait être franchi sans leur permission. Le faire eût été les insulter, commettre un sacrilège. Le *vocans* ne pouvait donc pas rechercher son débiteur jusque dans sa maison. Derrière ses murs celui-ci était en sûreté, aucune force humaine ne pouvait l'atteindre. Les dieux l'y couvraient de leur protection. *Quid est sanctius, quid omni religione minutius quam domus uniuscujusque civium*, disait encore Quintilien à une époque où le culte des *sacra* n'était déjà

(1) Schultinger, *Notæ ad Pandectas*, l. XVIII, n. 1.

plus dans toute sa force (1). Gaius du reste est formel sur ce point dans son livre I, *ad legem XII Tabularum* : *Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in jus vocaret vim inferre videri.* (L. 18, D. II, IV.)

Appelé en justice de la manière que nous venons d'indiquer, le défendeur devait donner satisfaction à son adversaire, *pasciscere*, et il pouvait le faire jusqu'au dernier moment, jusqu'au pied du tribunal, *rem ubi pascunt, orato*. Sinon il devait obtempérer à l'ordre du *vocans* et le suivre, à moins qu'il ne lui fournit un *vindex*. *Qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est : si quis ejus personam defendet, et si, dum in jus venit, de re transactum fuerit.* (Gaius, *ad legem XII Tabularum*. Loi 22, D. II, IV.)

Qu'était au juste ce *vindex* qui faisait échapper ainsi l'*in jus vocatus* à la *deductio in jus* ?

Nous l'avons déjà dit dans notre introduction, rappelons-le brièvement ici. Lorsqu'un individu en rencontrait un autre et l'appelait en justice, cet autre ne le suivait pas immédiatement, sans mot dire ; une discussion s'élevait entre eux, les passants s'attroupaient, appelés au besoin par les parties qui avaient besoin de leur témoignage (2). Le résultat de cette discussion publique était ou un arrangement qui se concluait, ou le départ pour le tribunal. Il pouvait se faire aussi qu'aucun de ces deux partis ne fût adopté et que le défendeur refusât énergiquement de suivre

(1) Quentilien, *Inst. orat.* VII, 8.

(2) Cicéron, *Pro Tullio*, § 48, explique ainsi le mot *endoplorato* qui se trouvait dans la loi des XII Tables, c'est-à-dire *conclamato, ut uliqui audiant et convenient*. Ils appelaient afin que l'on vint et qu'on les écoutât.

son adversaire, soit par entêtement, soit à cause d'un intérêt majeur l'appelant ailleurs, soit parce qu'il prétendait mauvaise la chicane qu'on lui cherchait. Certes on pouvait le contraindre d'obéir par la force, mais il avait un moyen d'éviter cette extrémité. Il lui était loisible de s'adresser aux personnes présentes, et de leur demander si l'une d'elles, persuadée de la bonté de sa cause après la discussion qu'elle venait d'entendre, voulait lui servir de *vindex*, prétendre avoir sur lui un droit au moins égal à celui du demandeur, et ainsi mettre un obstacle légal à l'exercice de la *manus injectio* vis-à-vis de lui. Si une telle personne se trouvait, répondant d'ailleurs aux conditions que nous allons indiquer, le demandeur devait immédiatement lâcher celui qu'il avait saisi pour aller avec ce *vindex* devant le magistrat. Les conditions auxquelles était soumis ce tiers intervenant étaient les suivantes : il devait être riche si le défendeur lui-même était riche ; si ce dernier était pauvre, il pouvait être quelconque. *Assiduo vindex assiduus esto, proletario* (1) *cui quis volet vindex esto*, voilà le langage de la loi des Douze Tables à son égard ; et cette condition exigée se comprend parfaitement. Ce *vindex* assumait une responsabilité : empêchant le demandeur d'agir contre le défendeur, il pouvait lui causer un préjudice égal à la valeur de l'objet en litige ; pour qu'on lui permit de s'engager ainsi, on comprend qu'on exigeât de lui au préalable la preuve qu'il était à même d'indemniser le demandeur, le cas échéant.

Tel était le *vindex* ; c'était un individu qui venait s'op-

(1) D'après Sigonius, *de Antiq. jur. civ. Rom.* lib. I, cap. iv, et Gellius, lib. XVI, cap. x, il faudrait entendre par ces *proletarii* les citoyens pauvres qui étaient rangés dans la dernière classe, ceux dont le cens n'excédait pas quinze cents as.

poser légalement à l'emploi de la *manus injectio* vis-à-vis d'un autre, en venant soutenir qu'il avait sur cet autre au moins autant de droits que le demandeur et qu'il le réclamait ; il allait alors soutenir sa prétention devant le magistrat, et il le faisait en démontrant le mal fondé de celle du demandeur. C'est ce qui a fait dire plus tard, quand le souvenir de l'origine de ce *vindex* se fut perdu, qu'il était le défenseur de l'appelé. Il n'en était rien. Comme le définit très bien Festus, il était : *qui vindicat, quominus is qui prensus est, ab altero teneatur*, celui qui en réclame un autre saisi par quelqu'un. C'était l'homme qui venait dire au demandeur sur le point de mettre la main sur le défendeur, je vous dénie ce droit, et, à moins de violer la loi, vous ne pourrez le faire qu'après que la question aura été tranchée entre nous par le magistrat.

Devant ce magistrat que plaidait-on? Était-ce le procès originaire? Non. On y plaidait ceci : c'est que le *vindex*, en s'opposant à la *deductio in jus* du défendeur, n'avait causé aucun préjudice au demandeur dont la prétention était erronée, et que lui, *vindex*, avait par conséquent autant de droits que l'autre à s'emparer de la personne du débiteur. C'est ainsi qu'on plaidait le procès, mais accessoirement, et ce n'était pas le droit primitif qui était déduit en justice; la condamnation du *vindex* ne libérait point le défendeur, qui plus tard pouvait être à nouveau saisi et condamné. Ce qu'on imposait au *vindex* téméraire était une simple peine déterminée d'après les principes généraux du droit d'alors. La preuve de ce que j'avance est que, quand un peu plus tard, par suite de l'oubli des premiers principes, on admit qu'on pût être son propre *vindex*, celui qui succombait était condamné *in dublum*, une première fois comme défendeur, une seconde fois comme *vindex*. Le

vindex n'était donc point un représentant, mais un homme qui élevait une prétention personnelle. Cette théorie du reste, comme nous l'avons montré dans notre introduction, est absolument conforme aux idées qui ont présidé à la formation du droit romain.

Elle est loin pourtant d'être universellement admise. Beaucoup d'auteurs, et entre autres Zimmern (1), sans réfléchir qu'à cette époque la règle, *nemo alieno nomine lege agere potest*, régnait dans toute sa force, ne veulent voir dans ce *vindex* qu'un représentant du défendeur. Ils s'appuient sur un passage de Cicéron, nous disant qu'il était : *veluti quos nunc procuratores vocamus*. Je ne saurais admettre cette opinion. On a toujours représenté l'institution des *cognitores* et des *procuratores* comme une innovation ; où serait l'innovation, où serait l'exception créée à la règle *nemo alieno nomine*, etc., si, avant eux, le *vindex* avait joué le même rôle ? Au surplus, le § 82 du Commentaire IV de Gaius fournit un argument péremptoire contre cette théorie. Gaius connaissait le *vindex*, il l'a nommé plusieurs fois dans ses écrits ; s'il l'avait considéré comme un individu plaidant pour autrui, il l'aurait mentionné dans ce § 82, où il nous énumère tous ceux qui, soit de son temps, soit auparavant, peuvent ou ont pu *alieno nomine agere*. Ce qui achève de me décider, c'est qu'avec notre manière de voir nous ne sommes point obligés de faire de notre *vindex* un *vindex* différent de celui que nous voyons apparaître dans la *manus injectio*. Dans les deux cas c'est absolument le même *vindex*, et on comprend parfaitement que le législateur ait désigné par un même nom des personnes jouant un même rôle ; on ne com-

(1) Zimmern, *Traité des actions*, § 108.

prendrait pas qu'il l'ait fait pour deux personnes jouant des rôles absolument distincts.

Cette théorie, il est vrai, a contre elle le texte de Cicéron. Ce texte ne peut-il être écarté ? A l'époque du grand orateur, le souvenir du *vindex* était depuis longtemps effacé, l'on ne savait plus au juste ce qu'il avait été, on ne comprenait même plus les idées qui l'avaient fait créer. Il apparaissait comme un homme qui allait pour autrui devant la justice, ce que faisaient à cette époque les *procuratores* ; sans approfondir le rôle qu'il jouait devant le magistrat, on l'assimila donc à ces *procuratores*, dont, superficiellement du moins, il avait l'apparence. Voilà l'explication du texte qu'on nous oppose. C'est une erreur juridique de Cicéron, et pas autre chose.

Tel était le *vindex*, mais si ce *vindex* ne se trouvait pas pour aller à votre place au prétoire tandis que vous continueriez votre route, récalcitrant, vous étiez saisi au collet, *oborto collo*, disent les textes, et emmené de vive force devant le magistrat. Vous ne pouviez pas même alléguer l'incompétence du juge, car vous n'aviez pas à trancher vous-même cette question. (Loi 2, D. *Si quis in jus vocat.*) *Si calvitus pedemve struit, manum endo, jacito*, lisons-nous dans la loi des Douze Tables.

Cette violence pourtant semble de tout temps avoir été interdite envers les femmes : *in jus vocanti matronam corpus ejus attingere non permiserunt*, écrit Valère Maxime (1). Et par *matrona* on entendait, nous le savons, toutes les femmes honnêtes, quelles qu'elles fussent, fille, femme ou veuve, ingénue ou affranchie, *nuptiæ enim neque natales faciunt matrem familiæ, sed boni mores*, c'est l'honnêteté

(1) Valère Maxime, II, 1.

de la vie, et non la naissance ou l'état, qui fait qualifier une femme du nom de *matrone*. (Loi 16, D. *de Verborum signif.*) (1). Les autres femmes, les *inhonestæ*, les prostituées, pouvaient donc être appréhendées au corps. Quelle pudeur en effet était à garder vis-à-vis d'elles? D'après Vinnius cette violence aurait aussi été interdite vis-à-vis des personnes d'un rang supérieur, et Vinnius appuie son raisonnement sur des considérations générales, les convenances, le respect dû à ces personnes. Je ne serai pas là-dessus son disciple. Les auteurs latins, Plaute, Térence, Valère Maxime, sont trop unanimes sur ce point. Ils ne font aucune différence suivant la qualité des personnes, ni la loi des Douze Tables; *manum endo, jácito*, dit-elle d'une façon générale. Du reste, lorsqu'il s'agissait de citer de pareilles personnes en justice, il fallait, nous le verrons plus tard, une autorisation spéciale, c'est donc que, de droit commun, leur dignité n'était pas protégée.

Au cas où ce recours à la violence était nécessaire, un témoin devait accompagner le demandeur devant le magistrat pour affirmer la réalité de sa sommation préalable à l'emploi de la force. Celui-ci, s'adressant aux personnes pré-

(1) Il y aurait pourtant lieu de consulter à ce sujet un article de M. Labbé, publié dans le numéro de la *Revue historique de droit et de jurisprudence* de janvier 1887, article dans lequel l'auteur essaie de démontrer que ce ne fut que plus tard que les Romains se firent cette vaste conception du mot *mater familias*, et qu'à l'origine il signifiait uniquement la femme du *pater familias*. *Mater familias non ante dicebatur quamvis ejus pater familias dictus esset, nec possunt plures in una familia præter unam appellari*, ainsi la définit Festus. (Festus, d'après Paul Diacre, édit. Muller, p. 125.)

D'après d'Aguesseau, dans son *Commentaire du Digeste*, le même honneur aurait été accordé aux filles impubères: *Idem honos habitus fuit impuberibus puellis*, dit-il, *nam neque impuberes puellas, qui alieno juri subjectæ essent in jus vocari permissum est*, et il se recommande de Gaius, au liv. I, ad leg. XII *Tabularum*. Ceci cadrerait assez bien avec l'opinion de M. Labbé qui tendrait à restreindre la conception de la *matrona* à cette époque.

sentes et leur touchant l'oreille, qu'il leur tirait légèrement (ce détail nous est donné par Pline, *H. N.* XI, 45), *licet antestari*, leur disait-il, voulez-vous me servir de témoins ; sur leur réponse affirmative, et seulement alors, il saisissait le défendeur. Cette recherche de témoins devait précéder toute arrestation ; si le demandeur n'arrivait pas à prouver qu'il avait agi ainsi, il était exposé à une action d'injure (1). La saisie du défendeur en effet, faite hors de la présence de témoins, n'aurait point été un acte juridique, elle n'aurait pu avoir aucune suite *in jure* ; elle n'aurait été qu'une violence, qui aurait mérité d'autant plus d'être punie qu'elle aurait constitué un véritable danger. Un individu en violentant un autre aurait toujours prétendu vouloir l'emmener devant les tribunaux ; les rixes auraient ainsi toujours trouvé des excuses, les battus jamais de défenseurs, car des peines sévères devaient certainement être édictées contre ceux qui empêchaient les appelés de se rendre au prétoire, ou les aidaient à se débarrasser de leur adversaire. Le préteur là non plus ne dut pas complètement innover, il dut plutôt confirmer des usages établis, usages qui étaient nécessaires, car sans eux l'appel en justice eût été bien souvent une vaine formalité dépourvue de toute sanction.

Pour trouver ce témoin, le demandeur appelait et criait, *endoplorato*, mais il devait le trouver facilement. Cette fonction de témoin, comme aussi du reste celle de *vindex*, était considérée à Rome comme un devoir et un honneur. C'était presque une obligation pour les gens de la même famille, pour les patrons, les affranchis, les *gentiles*. Le reproche d'intestabilité marquait le dernier degré de la dé-

(1) Acron, *ad Horat. sat.* I.

loyauté et du déshonneur ; l'*intestabilis* était mort pour les relations, *adeo intestabiles invisosque fuisse ut tedium ritæ ceperent necemque sibi consciverint*, dit d'eux Gellius, VII, 18. Or celui qui aurait refusé son témoignage aurait été réputé *intestabilis* ; *qui se sieriit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto*, prononçait à son sujet la loi des Douze Tables. Le témoin assumé, *alligatus*, c'est-à-dire celui qui était requis à l'effet de constater un acte de justice privée, commettait, en refusant son témoignage, le plus outrageant abus de confiance (1). Il y a là un trait de mœurs et de caractère.

Disons en terminant que le témoin pouvait être le défendeur lui-même, mais cette tolérance ne dut s'introduire que plus tard, et quand Rome fut assez loin de ses origines pour avoir perdu le souvenir du temps où la justice privée y régnait en maîtresse. Le demandeur pouvait lui dire : « Si je t'emmène de force devant le magistrat, attesteras-tu que je t'ai au préalable invité à me suivre, » et le défendeur pouvait le promettre (2).

Ainsi s'introduisaient les instances contre les défendeurs présents sous la loi des Douze Tables.

Quant à la manière d'opérer contre les absents, ou contre ceux qui se cachaient et que le demandeur ne pouvait de vive voix *vocare in jus*, et ensuite saisir, elle était bien simple, elle n'existait pas. Contre de pareils individus on ne pouvait intenter une action, nous avons dit pourquoi ; c'est que l'*in jus vocatio* était une phase de l'exécution d'un jugement, et qu'à une époque où les jugements

(1) Voyez à ce sujet von Ihering, tome I, p. 143.

(2) Plaut. *Curcul.* act. V, sc. II, vers 23.

ne s'exécutaient que sur la personne, évidemment on ne pouvait les exécuter contre des gens qu'on ne pouvait tenir en sa possession. Le prêteur donna plus tard contre eux une *missio in possessionem*, mais il est plus qu'admissible qu'à notre époque le demandeur était forcément condamné à l'inaction, sans rien pouvoir contre son adversaire. Cette situation, il est vrai, ne présentait pas de grands inconvénients, car le territoire romain alors était peu étendu, et son peuple casanier. A moins qu'il ne restât étranger à la vie du forum, qui pourtant lui était si chère, ainsi qu'à tout Romain, privé de tous rapports sociaux, vivant en vrai moine, le défendeur était toujours facile à trouver ; et, s'il restait chez lui, il devait arriver ce qui arrive de nos jours dans les pays où le droit d'asile existe encore ; le demandeur, aidé de ses amis et de ses partisans, faisait bonne garde autour de la maison, et, dès que le reclus paraissait, il s'en saisissait. Or une maison romaine n'était pas si vaste que son propriétaire, à l'instar de cet Arabe de je ne sais quelle ville de Tunisie, coupable d'un crime et réfugié dans un asile, pût y rester quatorze ans sans sortir.

Dans l'ordre de mon plan, j'aurais à parler maintenant de la *cautio in jure sistendi* ; mais, comme elle est d'origine prétorienne, et qu'elle n'existait point au moment de la loi des Douze Tables, je n'ai rien à en dire dans ce chapitre, qui se trouve ainsi terminé.

Tirons donc un trait au-dessous de ces lignes et passons à la législation du prêteur, pas toutefois sans avoir dit un mot de la façon dont, au dire de certains auteurs (1), s'in-

(1) Von Ihering, *Geist*. I, p. 147 ; II, p. 656. — Rudorf, § 23. — Von Keller, § 18.

introduisaient les deux actions de la loi, la *judicis postulatio* et la *condictio*.

Pour elles il semblerait, mais les renseignements sur ce point sont très vagues, comme tout ce qui concerne ces deux *legis actiones*, qu'on les intentait, non par la voie de l'*in jus vocatio*, mais au moyen d'une *sommatio* faite à son adversaire, sommation contenant l'indication des motifs de la demande, et assignant le trentième jour à venir pour la comparution *in jure*. Ce serait même cette *denuntiatio* qui aurait donné son nom à l'action de la loi, *condictio*; *denuntiatio* et *condictio* sont en effet synonymes à cette époque (1).

M. Accarias (2) n'admet point cette opinion, avec raison à mon sens. Il fait remarquer qu'il serait étonnant qu'une formalité extrinsèque à la *legis actio* elle-même, qui n'en eût été que l'introduction, lui ait donné son nom. Il pense que cette action de la loi, comme le *sacramentum*, exigeait deux comparutions en justice, et que la *denuntiatio* en question aurait eu lieu lors de la première comparution. Je me rangerai à son avis pour la raison qu'il donne et pour cette autre que les textes auraient conservé la trace de ce second mode d'introduction applicable à une catégorie nombreuse d'instances, tandis qu'ils ne nous parlent jamais que de l'*in jus vocatio*, et cela d'une façon générale.

(1) Festus, *verbis condictio, condicere*.

(2) Accarias, *Précis de droit romain*, tome II, n° 744.

CHAPITRE II.

DU RÈGLEMENT DE L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE A ROME PAR LE PRÊTEUR.

Le procédé d'introduction de l'instance que nous venons d'étudier, quand Rome se développa, quand ses institutions juridiques devinrent plus compliquées, ses citoyens plus nombreux et plus civilisés, son territoire plus étendu, apparut aux yeux de tous comme complètement insuffisant ; il apparut aussi comme grossier et brutal. Ce recours à la violence, cet emploi de la *manus injectio* choqua les esprits. Cette nécessité de trouver immédiatement un *vindex*, personnage assumant une lourde responsabilité, ou de se transporter sur-le-champ au tribunal, sembla contraire à l'intérêt bien compris de la défense. On chercha le moyen de permettre à l'appelé de retarder sa comparution, sans toutefois nuire au demandeur. On commença enfin à constater cette lacune de l'ancien droit qui n'avait

organisé aucune voie de recours contre les défenseurs absents ou latitants. Aussi le prêteur intervint-il, et là, comme dans toutes les autres parties du droit, allons-nous le voir confirmer, compléter, et même au besoin corriger le droit antérieur. Ces innovations du prêteur aboutirent même, à un certain moment, à faire naître un second mode d'assignation, qui prit rang à côté du premier, et, par sa supériorité, certainement, finit par le détrôner.

Dans une première section nous étudierons les modifications apportées par le prêteur à l'*in jus vocatio*, dans une seconde le *vadimonium*, ce nouveau mode d'introduction de l'instance que nous avons signalé, et enfin, dans une troisième section, nous parlerons de la *cautio in jure sistendi*, qui, en notre matière, sous cette législation, joue un grand rôle.

SECTION I.

De l'*in jus vocatio* dans la législation du prêteur.

L'*in jus vocatio*, dans ses grandes lignes, resta ce qu'elle était ; ce fut toujours une sommation faite par le demandeur lui-même, sans emploi d'aucune formule solennelle, d'avoir à se rendre immédiatement devant le magistrat. Cette sommation pouvait-elle être faite en tout lieu, à toute heure, pouvait-elle s'adresser indistinctement à toute personne ? Nous répondrons à ces questions dans un premier paragraphe. Cette sommation une fois faite régulièrement, quelles en étaient les conséquences ? Nous les examinerons dans un second.

§ 1.

ART. I. — *L'in jus vocatio pouvait-elle être faite en tout lieu ?*

La règle générale est, oui. Partout où vous rencontriez votre adversaire, vous pouviez le citer en justice, même dans sa vigne, même au théâtre, même aux bains. (L. 20, D. n. t.) Un seul endroit devait être par vous respecté, sa maison. Le domicile d'un Romain était inviolable.

Nous avons déjà démontré cette proposition pour le droit précédent. On a prétendu que le préteur, sur ce point, avait modifié l'ancienne législation, et que, sans aller jusqu'à permettre l'extraction forcée du défendeur de son domicile, il autorisait pourtant à l'y citer régulièrement. On invoque à l'appui de cette opinion un texte de Paul, rapporté au Digeste. (L. 21, D. n. t.) *Sed etsi is qui domi est, interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.* Cette loi, dit-on, est bien formelle. Elle ne me convainc pas néanmoins. Ainsi interprétée, elle est mal comprise. Elle doit être éclairée par les lois 18 et 19 de notre titre, qui la précèdent. La loi 18 commence par poser le principe de l'inviolabilité du domicile, et par déclarer que, chez soi, nul ne peut être assigné. Puis, la loi suivante indique une exception, un cas particulier ; quand du dehors vous êtes aperçu chez vous, dans ce cas exceptionnel vous pouvez y être cité, *si ex publico conspiciatur*, mais il est bien entendu que le demandeur, lui, reste toujours dehors, et alors la loi 21 vient dire : même dans ce cas, ce demandeur, qui aura valablement cité son adversaire chez lui, ne pourra pénétrer dans sa maison pour l'en arracher de force. Cette

manière de voir est corroborée par la loi 23, de *Injuriis*, du même Paul au Digeste, à laquelle renvoie la loi 21 (*n. t.*); et où il est dit qu'une action d'injures est donnée contre celui qui pénètre dans une maison étrangère, malgré son propriétaire, alors même que ce propriétaire est un *in jus vocatus*; cette loi ne peut s'appliquer, en ce qui concerne l'*in jus vocatus*, qu'au cas particulier de la loi 19 que nous venons de signaler, car la *vocatio* et la *prehensio* étaient deux actes consécutifs, se suivant immédiatement, on ne comprendrait donc pas que l'un ait été fait dans la rue et que l'autre doive être fait *domo*. Cette loi 23, de *Injuriis*, défend non-seulement l'extraction violente du maître de sa maison, mais même la simple entrée dans la maison : *qui in domum alienam, invito domino, introiret, quamvis in jus vocati, actionem injuriarum in eum competet*, dit-elle. L'on ne peut donc jamais franchir le seuil d'un Romain pour l'assigner. Cette doctrine est celle des auteurs littéraires, qui nous ont toujours représenté le foyer domestique comme le plus sûr des asiles, celui où l'on ne peut subir aucune atteinte. *Commune perfugium*, l'appellent Cicéron et saint Augustin (1). Or ces deux écrivains connaissaient la législation du préteur.

ART. II. — L'*in jus vocatio* pouvait-elle être faite en tous temps?

La division des jours en *dies fasti*, *comitiales* et *intercisi* n'existe plus, mais cette division a été remplacée par une autre, celle en *dies judicarii* et en *dies feriati*. L'*in jus*

(1) Cicéron, in *Catilinam*, IV, 1. — Saint Augustin, de *Civitate Dei*, XIX, 5.

vocatio, acte de procédure, ne peut être faite qu'aux *dies judicarii* (1). Elle n'est pas permise pendant le temps des moissons ou le temps des vendanges. A ces époques les procès étaient suspendus ; on ne voulait pas que la joie de la récolte fût troublée par aucun souci, aucun tracas judiciaire. Pour ce peuple d'agriculteurs c'était là des moments de réjouissance et de festins, et non pas des heures de chicane. *Ne quis messium vindemiarumque tempore adversarium cogat ad iudicium venire*, avait-il écrit dans ses lois. (Loi 1 p. D. II, XII.) Seules pouvaient être intentées alors les affaires urgentes, *quæ tempore vel morte peritura sunt*. (Loi 3, D. II, XII.)

L'*in jus vocatio* ne pouvait non plus s'adresser à un pontife pendant la célébration des mystères, à ceux qui étaient retenus aux pieds des autels, à celui qui *equo publico, in causa publica transvehatur* (2), à celui qui se mariait ou célébrait ses fiançailles, au juge qui connaissait d'une affaire, au plaideur devant le préteur, au citoyen qui conduisait des funérailles ou rendait à un mort le culte qui lui était dû, à celui enfin que les soucis d'un procès appelaient *in jure* ou ailleurs. Les usages, les mœurs, les convenances, le commandaient ainsi. (Lois 2 et 3, D. n. t.)

Une dernière règle enfin posée en cette matière, et qui

(1) Accarias, tome II, p. 851.

(2) D'après Cujas, il serait ici fait allusion aux chevaliers romains qui, aux ides de juillet, au forum, allaient présenter leurs chevaux au censeur. Pour d'Aguesseau, il ne s'agirait pas seulement ici de ces chevaliers, mais de tous les citoyens qui, pour un service de l'Etat quelconque, étaient transportés par des chevaux de l'Etat ; le privilège qui leur était accordé faisait supposer leur mission pressée, il ne fallait donc pas les retarder dans son accomplissement. (*Commentaire de d'Aguesseau sur le Digeste*, n. t.) Enfin, pour M. Mispoulet (Mispoulet, tome II, p. 198), dire d'un homme qu'il avait un *equus publicus* c'était simplement dire qu'il était chevalier romain, qu'il appartenait à l'une des dix-huit centuries de chevaliers de la cité, et alors celui *qui equo publico in causa publica transvehatur* ne serait autre qu'un chevalier romain quelconque en service.

était strictement observée, était qu'une fois la nuit venue, la paix fût laissée à un adversaire. La nuit n'est-elle pas le moment du repos, des joies du foyer conjugal? Ses heures doivent être sacrées, respectées; arrière les inquiétudes et les luttes du forum pendant qu'elles s'écoulent. *Solis occasus suprema tempestas esto*, avait dit la loi des Douze Tables dans un sublime langage.

ART. III. — *L'in jus vocatio pouvait-elle s'adresser à toute personne?*

Tout d'abord, et d'une façon absolue, elle ne pouvait s'adresser ni aux *furiosi* ni aux *infantes*; incapables de paraître en justice, ils ne doivent pas y être appelés. (Loi 4, D. *n. t.*) Les esclaves également ne peuvent être assignés, et toute assignation à eux donnée serait aussi nulle que si elle était adressée à un cheval ou à une autre bête de somme. *Servus conveniri, vel convenire non potest; servus in judicio interesse non potest; inter servum et liberum consistere nullum possit judicium*, lisons-nous au Digeste et au Code. (Lois 9 et 13, D. II, XI. — Lois 6 et 7, C. de *Judicio*.) Ne pouvait également être appelé en justice le *solutus*, à plus forte raison le *nexus*, qui était dans une situation plus pénible et plus dépendante encore que le *solutus*. (Arg. tiré de la loi 48, D. de *Verb. signif.*) (1).

(1) Qu'était au juste le *solutus*? Il est assez difficile d'être renseigné exactement sur ce point. Deux hypothèses sont mises en avant. Dans une première doctrine on dit : le *solutus* est l'homme qui est affranchi des liens du *nexum*, dans lesquels il se trouvait auparavant, qui est redevenu maître de sa personne, et on explique ainsi le second paragraphe de la loi 48, de *Verborum significatione*,

Nous indiquons cette exception comme créée par le préteur, parce que la loi 48 est un fragment du travail de Gaius sur l'Edit, s'il faut en croire l'indication donnée au Digeste, mais il est plus que probable que c'est là une erreur, soit des compilateurs du grand ouvrage juridique, soit plutôt des copistes, car, lors de l'Edit, le *nexus* avait déjà disparu. Cette loi serait donc plutôt tirée des *Commentaires* de Gaius sur la loi des Douze Tables, et ce serait à ce temps que se rapporterait notre exception.

Les magistrats supérieurs, les consuls, les préfets, les

au Digeste. Le premier paragraphe de cette loi se serait rapporté aux *nexi*, ce serait d'eux que la loi aurait dit qu'ils ne peuvent être assignés, et même qu'assignés ils doivent résister à l'assignation, *neque sequantur, neque ducantur*. Seulement on aurait pu prendre pour des *soluti* certains *nexi* qui ne portaient plus les signes extérieurs de leur condition, entre autres ceux qui avaient été délivrés de leurs chaînes, mais étaient toujours tenus *manibus*, par les mains, ou ceux qui travaillaient sans liens à des ouvrages serviles en public, et voilà pourquoi la loi 48 aurait pris le soin d'indiquer que ces gens, quoique présentant les apparences des *soluti*, n'en sont réellement point, et demeurent toujours *nexi*. Avec cette explication, il faudrait dire que ce sont les *nexi* seuls, les *non soluti* qui ne peuvent être assignés, et c'est l'opinion de d'Aguesseau dans son Commentaire. Les *non soluti*, y dit-il, ne peuvent être assignés, *quia aliis creditoribus nexi*, parce qu'ils sont *nexi* par rapport à d'autres créanciers. Une autre doctrine est professée relativement à ces *soluti*. Pour certains auteurs, et notamment pour M. Giraud, dans son livre des *Nexi*, le *solutus* n'est qu'une variété du *nexus*. Il y aurait eu deux sortes de *nexi*, les *vincti*, ceux dont le sort était le plus dur, qui étaient enchaînés, et les *soluti*, qui étaient libres de leurs mouvements et soumis à un régime moins sévère. Le *nexus* aurait été le genre, le *vinctus* et le *solutus* les deux espèces, ce sont les propres paroles de M. Giraud. Avec cette conception du *solutus* ce serait alors notre explication de la loi 48 qu'il faudrait adopter. Il était inutile de dire qu'on ne pourrait pas *vocare in jus* les *vincti*; puisqu'ils étaient enchaînés, il était évident qu'ils ne pouvaient être invités à se rendre au prétoire. Il n'en était plus de même des *soluti*, vis-à-vis desquels l'*in jus vocatio* aurait parfaitement pu se comprendre, et voilà pourquoi à leur propos la loi avertissait qu'ils ne pouvaient, *neque sequi neque duci*. Tous leurs instants appartenaient à leur créancier auquel aucun ne devait être enlevé, même sous prétexte d'appel en justice, et à ce propos on indiquait, c'était le but du paragraphe 2, que certains personnages, quoique pouvant paraître *soluti*, restaient toujours *vincti*.

Au fond, les deux opinions sont les mêmes et reviennent à dire que jamais le *nexus* ne pouvait être *vocatus in jus*.

prêteurs, les proconsuls, tous ceux qui avaient l'*imperium* (1), et ceux qui *carcere aliquem possunt, et jubere in carcerem duci*, qui pouvaient faire emprisonner quelqu'un (2), n'étaient pas assignables. Ils ne comparaissaient en justice que volontairement. C'était une conséquence du respect qui leur était dû.

Enfin certaines personnes n'étaient appelées devant le juge qu'avec l'autorisation de ce magistrat. Tels étaient les patrons, les ascendants, et en général tous ceux auxquels la *reverentia* était due. (Loi 13, D. n. t.) *Pretor ait : parentem, patronum, patronam ; liberos, parentes patroni, patronæ in jus sine permissu meo ne quis vocet.* (Loi 3, § 1, D. n. t.) Ainsi donc un descendant ne pouvait sans cette permission amener en justice un ascendant, et cela quel que soit le degré de celui-ci.

Sur ce point pourtant une controverse semble avoir existé. Pomponius rapporte que, pour les anciens, on n'aurait été parent que jusqu'à la troisième génération, ensuite on se serait appelé *maiores* : *quidam parentem usque ad tritavum appellari aiunt, superiores maiores dici.* On n'aurait pas pu appeler en justice les *parentes*, mais on aurait pu y appeler les *maiores*. Gaius et Ulpien ne sont pas de cet avis. Pour Ulpien on est parent *usque ad infinitum, quod et honestius est, et merito obtinuit*, et, cer-

(1) Sigonius nous cite comme ayant l'*imperium merum*, car ceux-là seuls, et non pas ceux qui n'ont que l'*imperium mixtum*, sont dits *habere imperium* : les consuls, les dictateurs, les décemvirs, les triumvirs, les prêteurs, les tribuns militaires, les *imperatores*, les *præsides provinciarum*, les proconsuls, les propréteurs. (Sigonius, *de Antiq. juris civ. Rom.* lib. I, cap. 1.)

(2) Et par là on entendait *maiores magistratus*, ceux qui avaient le *merum imperium*, et les premiers de ceux qui avaient l'*imperium mixtum*. Quant aux édiles, aux questeurs qui n'avaient pas *in jus vocationem prehensionemque*, ils pouvaient *in jus vocari*. Ainsi du moins l'enseigne Gellius, d'après Varron, *Noct. Attic.* XIII, 13.

tainement, à l'époque classique, la question ne faisait plus de doute. Vous ne pouviez appeler directement en justice aucun de vos ascendants, même naturels, même esclaves, *una est enim omnibus reverentia*, le même respect est dû à tous. (Loi 6, D. n. t.) L'affranchi surtout ne pouvait jamais assigner directement son patron, et le Digeste est rempli de décisions nous montrant jusqu'à quel point les Romains étaient rigoureux sur ce principe. La concession même du *jus annulorum* ne relevait pas l'affranchi de cette nécessité, la *restitutio natalium* seule en était capable. (Loi 10, D. § 3, n. t.) On ne pouvait plaider contre son patron, sa patronne, ou les enfants de son patron ou de sa patronne, *etsi quasi tutor, curator, vel defensor, vel actor*. (Loi 10, § 13, D. n. t.) Pour perdre le droit à cette *reverentia* de son affranchi, le patron devait avoir prostitué lui-même l'esclave qu'il avait vendue sous la condition *ne prostituatur*, ou avoir été condamné à une peine infamante, comme la déportation. (Loi 10, §§ 1 et 6, D. n. t.) On pouvait pourtant sans permission, *vocare in jus* sa patronne quand on agissait comme tuteur, au nom de son pupille ; on pouvait aussi citer directement le tuteur de son patron. Dans ces deux cas, la *reverentia* avait paru respectée. (Loi 16, 10 *in fine*, D. n. t.) Elle avait également paru respectée quand l'affranchi d'un collège ou d'une cité appelait en justice individuellement un membre de ce collège ou de cette cité, mais il ne pouvait agir contre le collège ou la cité. Quant à l'esclave commun, il ne pouvait jamais, sans autorisation, assigner l'un quelconque de ses patrons. (Loi 10, § 4, 23, D. n. t.)

Cette permission du préteur, qui était nécessaire, n'était donnée que dans des cas exceptionnels, et après mûr examen de la cause. (Loi 10 *in fine*, D. n. t.)

Si le demandeur n'observait pas ces prescriptions de l'Edit, il était passible d'une amende de cinquante sous d'or. (Loi 24, D. *n. t.*) Cette amende pourtant n'était pas forcément prononcée; le préteur auparavant examinait si ce manquement à ses ordres n'était pas excusable, s'il ne provenait pas de l'ignorance du demandeur, et si celui-ci ne se repentait pas de sa faute. Il examinait aussi si le parent ou le patron avait été contrarié de cette *vocatio in jus*, et alors il prononçait ou non l'amende. (Loi 11, D. *n. t.*) Elle ne pouvait être infligée que dans l'année du délit, et à l'auteur lui-même du délit, jamais à ses héritiers. Elle ne pouvait être accordée aux héritiers du vexé. (Loi 24, D. *n. t.*) Elle était le résultat d'une plainte du patron ou du parent d'une *querela*, comme disent les textes. Cependant à défaut de cette *querela*, et parce que l'on pensait qu'un tel manquement aux bonnes mœurs devait être puni, le préfet de la ville pouvait poursuivre l'affranchi coupable et le condamner à la flagellation ou à une autre peine corporelle. (Loi 25, D. *n. t.* — Loi 1, § 10, D. *de Offi. præfec. Ur.*)

Telles étaient les règles de l'*in jus vocatio*, sous la législation du préteur, passons à l'étude de ses conséquences.

§ 2.

Des conséquences de l'in jus vocatio.

Le défendeur, sans s'occuper s'il était ou non assigné devant un juge compétent, car c'était au préteur, et non à lui à trancher la question (loi 2 *p. D. II, v*), devait sur-le-champ accompagner son adversaire au tribunal, à moins

qu'il ne préférât se déclarer prêt à le satisfaire immédiatement, à reconnaître son droit, et à acquiescer à sa demande, ou bien à lui fournir une caution garantissant sa comparution à un jour fixé.

ART. I. — *De la déduction in jus.*

Le défendeur cité, venons-nous de dire, devait suivre sur-le-champ son adversaire. Mais son refus n'autorisait plus le recours à la violence, ne permettait plus de l'appréhender au collet, et de le conduire de force au forum. Les Romains en se civilisant avaient abandonné ces mœurs barbares et grossières de leurs ancêtres. L'idée de justice privée, qui avait dominé dans le droit primitif, disparaissait du droit nouveau. On arrivait à comprendre que c'était à la société elle-même, à l'autorité, et non pas aux simples particuliers, à assurer le respect du droit. On préférerait demander aux biens de l'adversaire plutôt qu'à sa personne la réparation du préjudice qu'il pouvait avoir causé. A la *manus injectio* succédait la *venditio bonorum*. Aussi l'Edit décida-t-il que l'*in jus vocatus* récalcitrant serait, non pas contraint d'obéir par la force, mais condamné à une amende au profit du demandeur, au moyen d'une action *in factum* donnée contre lui. L'insoumis s'exposait en outre à se voir traité comme un contumax et exposé à tous les dangers de cette situation. Une exception, et une seule à ma connaissance, était faite à cette règle. Le *non solutus*, nous avons indiqué plus haut ce qu'était cet individu, devait résister à une *in jus vocatio*, au besoin par la force, si le demandeur recourait vis-à-vis de lui à la violence, *neque sequatur, neque duci se per-*

mittat, ou *neque ducatur*, disait l'Edit, qu'il n'obéisse pas et qu'il résiste. (Loi 48, D. *de Verb. signif.*) Gothofredus et d'Aguesseau pensent même que cette recommandation de résister à une *in jus vocatio* s'adressait à toute personne ayant droit à la *reverentia* et citée sans une autorisation du magistrat. Je ne partage pas leur avis ; à part le *solutus*, toute personne doit suivre le *vocans*, quelque irrégulièrement qu'elle ait été citée. On indique que ceux qui arracheront des mains de son adversaire un patron ou un parent ne seront pas punis, c'est donc que ce parent et ce patron sont exposés à la *deductio in jus*. Le texte, du reste, ne dit pas que l'acte de ces personnes ne sera pas une faute, au contraire, mais ce sera, dit-il, une faute qui disparaîtra devant la faute plus grande de l'affranchi.

Quant à l'amende, l'Edit recommandait au préteur, avant de la prononcer, d'examiner si le refus de l'appelé ne s'expliquait pas par son ignorance, *rusticitati*, et s'il avait réellement causé un préjudice au demandeur, et le magistrat pouvait faire grâce. (Paul, loi 2, § 1, D. II, v.)

Quand fut opéré ce changement ; quand vit-on la *mulcta*, l'amende, remplacer la *manus injectio* ? on ne saurait le dire au juste. Un fait certain, c'est que, dès le commencement de l'empire, le progrès était réalisé. Horace et Juvénal en témoignent (1).

Mais il ne suffisait pas de prévenir la rébellion du défendeur lui-même ; il fallait encore prévenir l'insurrection contre la loi des amis et des partisans de ce défendeur.

Un incident en effet pouvait se produire. Le défendeur

(1) Horat. Sat. I, 9 *in fine*. — Juvénal, Sat. X.

pouvait obtempérer aux injonctions de son adversaire, prendre avec lui la direction du prétoire, et, chemin faisant, être enlevé ou se faire enlever par ses partisans ou par des individus appostés par lui à cette fin. Il échappait ainsi à l'amende et à la comparution. Cet incident devait être fréquent, à en juger par le nombre de dispositions prises par le préteur pour l'empêcher. Tolérer une semblable intervention des tiers eût été annihiler complètement les effets de l'*in jus vocatio*. A l'époque précédente, c'eût été permettre des batailles générales dans les rues de la ville entre amis et ennemis d'un même homme. Certainement, dès cette époque, un tel acte dut être considéré comme une faute grave.

Quels moyens employa le préteur pour parer à ce danger ? Il voulut effrayer les auteurs de pareils désordres, *metu pœnæ compescere eos qui in jus vocatos vi eriperent*. (Loi I *pr.* D. II, VII.) A cet effet il décida que le demandeur aurait une action *in factum* contre le coupable, par laquelle il le ferait condamner, non pas seulement à payer la valeur réelle du litige, mais tout ce qui lui serait demandé, alors même que l'estimation du demandeur serait exagérée.

Une pareille action était donnée contre chacun des auteurs de la violence, séparément, et elle ne libérait pas le défendeur. Cette action passait même aux héritiers du demandeur, à condition qu'ils l'exercassent dans l'année du décès de leur auteur, mais elle n'était jamais donnée contre les héritiers de l'auteur de la violence. Pour tomber sous le coup de la punition, il n'était pas nécessaire qu'on ait participé directement à la violence, il suffisait qu'on l'ait conseillée ou organisée (loi 5 *pr.* § 1, D. II, VII) : *Pœnales actiones introduxit ex sua jurisdictione..... ad-*

versus eum qui vi exemerit eum qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit. (Inst. de Justinien, livre IV, tit. VI, § 12.)

La sanction du respect dû à l'*in jus vocatio* était, on le voit, considérable, et bien de nature à la protéger.

Il fallait de telles mesures dans un temps où les hommes étaient si portés à recourir aux armes et à la brutalité lorsque quelque chose leur déplaisait, les froissait ou les gênait dans leurs désirs.

Le préteur était allé jusqu'à prévoir le cas où la violence viendrait d'un esclave, ou s'adresserait à un esclave ; quoique cet homme ne fût qu'une chose, quoiqu'il fût incapable de paraître en justice, cette violence était punie. L'esclave en était-il l'auteur, le préteur donnait contre son maître une action noxale ; était-ce lui au contraire qui avait été violenté, Ulpien décidait, malgré une opinion contraire de Pedius, qu'une action *ad exhibendum* serait accordée au demandeur pour rentrer en sa possession. Jamais donc on n'enlevait sans danger un *vocatus in jus* se rendant au tribunal, quelques bonnes raisons qu'on puisse avoir d'agir ainsi, et alors même qu'on n'occasionnait aucun dommage au *vocans*, comme par exemple lorsqu'on emmenait un esclave, personnage incapable de lier une instance et d'ester en justice.

Deux seules exceptions étaient faites à cette règle générale. Le *vocatus*, appelé devant un *judex pedaneus*, pouvait impunément être enlevé. (Loi 3, § 1, D. II, VII.) Il en était de même du patron ou de l'ascendant traduit en justice par son descendant ou son affranchi. La raison de la première exception nous échappe, les textes ne l'indiquent pas ; elle devait être tirée de la nature même des fonctions de ces *judices pedanei*, et de la part d'autorité qui

leur était dévolue (1). La raison de la seconde nous est donnée par Ulpien. Si grand qu'était le respect dû à l'*in jus vocatio*, plus grand encore était celui dû au patron ou à l'ascendant, et le second crime, l'enlèvement de ce patron ou de cet ascendant, *vocati in jus*, était effacé par l'horreur du premier, l'assignation à eux donnée ; il était noyé dans le premier et disparaissait derrière lui.

L'Edit visait tous les genres de violence, la violence physique comme la violence intellectuelle, celle qui avait pour objet de vous retenir effectivement par le corps, comme celle qui consistait à vous effrayer, à accumuler des obstacles sur votre route. *Eximendi verbum generale est*, dit Paul. La ruse, la fourberie, les artifices, employés indépendamment de tout mauvais traitement, encourageaient la répression de la loi : *Prætor ait : Ne faciat dolo malo quo magis eximeretur*. (Loi 4, D. II, VII.)

ART. II. — *De la possibilité de retarder sa comparution en justice, en fournissant caution.*

Nous venons de parler de la principale conséquence de l'*in jus vocatio*, de cette déduction immédiate du défendeur *in jure*, de l'obligation où ce dernier se trouvait de s'arrêter dans sa course, de renoncer à atteindre le but vers lequel il se dirigeait, pour se rendre au tribunal. L'on

(1) Que faut-il entendre ici par ce *judex pedaneus* ? D'après la définition du Digeste, le *pedaneus judex* est un *judex* donné par le magistrat, *ut causa apud eum dispiciatur*, ce qui ne nous renseigne guère. Je serais assez porté à croire avec d'Aguesseau qu'il faut entendre par là certains magistrats inférieurs ; c'est aussi l'opinion de Rœvardus. (Voy. Comment. de d'Aguesseau sur le Digeste, n. t.)

comprit de bonne heure ce qu'avait de rigoureux, de vexatoire, de gênant, et même quelquefois de dangereux, cette exigence. L'on comprit qu'il fallait trouver un moyen de permettre au défendeur de retarder sa comparution et de continuer sa marche. La loi des Douze Tables avait cru rencontrer ce moyen dans la possibilité de fournir un *vindex*. Au temps où nous sommes arrivés, on ne conçoit plus au juste le rôle de ce *vindex*; ce rôle répondait peut-être aux idées anciennes, il ne répondait plus à celles d'alors. Cet homme, en réclamant un autre qu'un troisième prétendait avoir le droit de posséder, paraissait une invention bien compliquée. On considéra surtout le but cherché, on comprit qu'une caution, procédé judiciaire dont le prêteur se montra toujours un chaud partisan, assurerait aussi bien, sinon mieux, l'obtention du résultat cherché. Il fut donc édicté que celui qui ne voudrait point comparaître immédiatement le pourrait faire en promettant sa comparution pour un jour fixe, et en garantissant sa promesse par des fidéjusseurs. Nous parlerons plus tard en détail de cette promesse, de cette *cautio in jure sistendi*.

Nous connaissons maintenant l'*in jus vocatio* du prêteur. Était-ce le seul mode d'introduire les instances de ce temps? La seconde section de notre chapitre nous renseignera sur ce point.

Mais avant de l'aborder, il nous faut discuter une question importante. L'*in jus vocatio*, telle que nous venons de la dépeindre, suffit-elle pour introduire une instance, ne faut-il pas y ajouter autre chose?

L'*actionis editio*, exposé de la demande par le demandeur, ne doit-elle pas être faite pour que l'instance soit introduite? Plusieurs auteurs ont soutenu cette opinion, et proclamé que l'*actionis editio* faisait partie de l'*in jus*

vocatio, lato censu. Mais cette manière de voir est à peu près maintenant complètement abandonnée; Zimmern, van Wetter, von Keller en Allemagne, Ortolan, Accarias en France, ne l'admettent pas. Nous devons toutefois indiquer l'argument sur lequel elle se fonde, et le réfuter. Le titre *de edendo*, au Code (liv. II, tit. 1), dit-on, se trouve avant le titre *de in jus vocando* (liv. II, tit. II); il en est de même dans l'Edit du préteur. Dans les écrits de Paul et d'Ulpian il est d'abord question de l'*editio*; cette *editio* pouvait donc précéder comme suivre l'*in jus vocatio*; ces deux choses n'étaient donc que les deux parties d'un même tout. A cet argument on répond victorieusement ainsi : le titre *de edendo* a beau précéder au Code et dans l'Edit le titre *de in jus vocando*, l'*actionis editio* devait se faire *in jure*, devant le préteur, elle ne pouvait donc précéder l'*in jus vocatio*, qui avait précisément pour but d'amener la partie devant ce préteur pour y entendre cette *actionis editio*. Elle n'était jamais que le second acte de la tragédie judiciaire, dont le premier était l'*in jus vocatio*; c'est donc bien cette *in jus vocatio*, telle que nous l'avons décrite, qui est l'acte introductif d'instance.

SECTION II.

Du Vadimonium.

Le *vadimonium* fut ce second mode d'introduction de l'instance qui, comme nous l'avons indiqué, naquit sous la législation du préteur. En quoi consistait-il? A quelle époque apparut-il? Nous grouperons nos explications autour de l'examen de ces deux questions.

§ 1.

En quoi consistait-il ?

En une promesse, que se faisaient réciproquement les deux parties, de se trouver à un jour fixe, arrêté entre elles, devant le juge pour y débattre leur procès, promesse garantie par des sûretés personnelles, primitivement des *vades*, d'où son nom de *vadimonium*. En un mot c'était un contrat, et il était sanctionné comme tous les contrats, par une condamnation pécuniaire, ou la *missio in possessionem* des biens du défaillant, en cas de défaut de sa part. Nous avons indiqué dans notre introduction comment ce *vadimonium* devint un mode d'introduction des instances, nous n'avons donc plus à y revenir. Disons ici seulement que, de même que l'*in jus vocatio* ne pouvait, sans autorisation du magistrat, s'adresser à certaines personnes, de même aussi le *vadimonium* ne pouvait leur être demandé sans cette autorisation. C'eût été pareillement manquer à la *reverentia* qui leur était due. De même aussi les magistrats qui ne pouvaient être cités sans leur consentement ne pouvaient être contraints à fournir un *vadimonium*, et, s'ils y consentaient, les fidéjusseurs qu'ils présentaient devaient être acceptés sans discussion. (Gaius, IV, 187. — L. 2, § 2-4, D. II, VIII.)

Quant aux moments où le *vadimonium* pouvait être proposé, je crois qu'aucune règle n'était établie en cette matière, du moins il n'en resté aucune trace dans les textes. Mais ce *vadimonium* n'impliquant point une comparution immédiate, étant un simple accord de volonté des parties,

on ne voit pas pourquoi on n'aurait pas pu le demander à tout instant, aux *dies judicarii*, comme aux *dies festi*.

Ce serait pourtant une question de savoir si ce *vadimonium* pouvait être sollicité du défendeur dans sa maison, dans un temple où il priait, au milieu de funérailles qu'il conduisait, partout enfin où l'*in jus vocatio* ne pouvait lui être adressée.

Pour la négative on pourrait dire : la demande du *vadimonium* causait le même scandale, jetait le même trouble que l'*in jus vocatio* ; or c'était précisément pour éviter ce trouble et ce scandale dans des lieux sacrés, à des moments respectables, que l'*in jus vocatio* à ces heures était interdite. Il devait en être de même du *vadimonium*.

Pour l'affirmative, on pourrait faire remarquer que la demande de ce *vadimonium* n'étant accompagnée d'aucune sanction, d'aucun moyen coercitif, elle se réduisait en somme à une simple question, qui pouvait être déplacée à certains moments, mais qui, n'entraînant aucune conséquence en cas de refus, n'avait pas dû être interdite.

Je le répète, en l'absence de textes formels sur la matière, nous sommes réduits aux conjectures. Les mœurs, les usages, avaient dû pourtant suppléer au silence de l'Edit, et introduire des coutumes qui ne sont point parvenues jusqu'à nous.

§ 2.

*A quelle époque ce vadimonium apparut-il comme moyen
d'introduction des instances ?*

On ne saurait le dire au juste ; ce fut un procédé qui s'introduisit peu à peu par l'usage, lorsque le prêteur eut organisé la *cautio in jure sistendi*, dont il n'est qu'une variante.

On trouva ce procédé commode, on l'employa ; le prêteur laissa faire ; les premiers qui s'en servirent eurent des imitateurs, et ainsi naquit cette nouvelle institution. On ne saurait donc assigner à son apparition une date fixe, cette date n'existe pas, car le *vadimonium* ne fut pas le résultat d'une loi ou d'un édit, mais celui d'une habitude qui se prit avec le temps. Il se pourrait aussi, ainsi que nous avons essayé de le démontrer dans notre introduction, qu'il fut une création du prêteur pérégrin, et qu'il apparut avec lui vers l'an 507 de Rome, ou peu après (1). Quoi qu'il en soit, il existait déjà du temps de Cicéron, et le grand orateur nous en parle dans plusieurs de ses plaidoyers (2).

Ce mode était incontestablement supérieur au précédent, en ce sens qu'il n'exigeait plus les formalités quelque peu surannées de l'*in jus vocatio*, comme l'*antestari* et le *ducere in jus*, qu'il épargnait aux parties une comparution inutile, leur laissait un délai pour préparer leur défense, leur permettait de choisir un jour leur convenant à toutes deux pour débattre leur prétention. Enfin il assurait la présence du défendeur en justice d'une façon plus certaine, car, au lieu d'une personne à laquelle on pouvait s'adresser, par voie d'action d'injure, on en avait plusieurs, le défendeur et ses cautions, tous tenus *ex stipulatu*. Puis le défendeur qui avait ainsi promis sa comparution devait tenir à honneur de remplir sa promesse, car il aurait occasionné un procès à ses cautions, et la honte s'attachait à Rome à qui laissait ainsi poursuivre ses fidéjusseurs ; Cicéron

(1) Voir au sujet de la date de la création du prêteur pérégrin de Boerck, du *Préteur pérégrin*.

(2) Cic. *Pro Quint.* 16, 17, 19 ; *Pro Tull.* 20.

nous l'apprend dans une lettre à Dolabella (1). Aussi croirais-je volontiers que ce nouveau procédé, si supérieur à l'ancien, dut finir par le remplacer presque complètement, et que l'*in jus vocatio* ne fut plus employée que lorsque le *vadimonium* ne pouvait pas être fourni, soit parce qu'on ne trouvait pas de fidéjusseurs idoines, soit parce que le défendeur se refusait à le promettre, chose qui devait se présenter rarement. Ce *vadimonium* toutefois n'était point encore la perfection; il ne faisait pas connaître à l'appelé ce pourquoi on l'appelait; le demandeur n'était tenu de lui révéler ses prétentions qu'au tribunal et nullement avant. Cela se faisait presque toujours dans la pratique, mais ce n'était pas une obligation, et ce progrès ne devait être réalisé que plus tard, sous les empereurs. Le nouveau mode ne permettait pas non plus d'introduire une instance contre les absents, puisqu'il s'analysait en un contrat et qu'on ne contracte pas avec de pareilles gens.

SECTION III.

De la *Cautio in jure sistendi* (2).

Nous avons indiqué précédemment ce qu'était cette *cautio in jure sistendi*, et dans quelles circonstances elle devait être donnée; nous avons dit que c'était une promesse faite

(1) Cicero ad Dolabellam, de Epistolis, liv. 16, 4, 15. Voyez du reste à ce propos un petit opuscule de M. Louis-Lucas, de la Préférence des Romains pour les garanties personnelles comparées aux sûretés réelles, publié en 1886 et paru également dans la Revue générale du Droit.

(2) L'institution dont nous allons nous occuper dans cette section ne porta pas toujours le nom sous lequel nous la désignons aujourd'hui. Primitivement, et encore du temps de Gaius, elle s'appelait *vadimonium* et n'avait pas d'autre nom.

devant le magistrat de comparaître à nouveau devant lui, sans nouvelle assignation, à un jour déterminé, promesse garantie par des fidéjusseurs. Nous avons indiqué ensuite comment il arriva que cette promesse fut aussi faite en dehors de la présence du magistrat et servit de mode d'introduction des instances. Le moment est venu de parler plus au long de cette institution, et d'entrer dans les détails de cette création du prêteur destinée à éviter de nouvelles *vocationes in jus*, à éloigner la violence de l'introduction des procès, et à remplacer le *vindex*.

Lorsqu'on était devant le magistrat et qu'il fallait renvoyer au lendemain ou à un autre jour la continuation du procès, le prêteur forçait, et cela sous peine d'amende ou d'être considéré comme *indefensus*, et soumis à toutes les conséquences de cet état d'*indefensus*, forçait, dis-je, le défendeur à promettre sa comparution à un jour indiqué, sans nouvel appel. Le demandeur, s'adressant à lui,

(V. Gaius, *Com.* IV, § 184 et s.) Dans la compilation de Justinien elle a changé de dénomination : le mot de *vadimonium* ne se retrouve plus et est remplacé partout par celui de *cautio in jure sistendi*. Est-ce à dire que nous nous trouvions en présence de deux institutions différentes, dont l'une aurait succédé à l'autre ? Je ne le crois pas. Ce sont deux noms différents pour une seule et même chose, voilà tout. Le but à atteindre est le même, le moyen employé le même également, une promesse garantie par des fidéjusseurs. Cette opinion est celle de tous les auteurs. (Voy. notamment Keller, p. 214.) Pourquoi alors le nom fut-il changé ? Pour ma part j'inclinerais assez à penser ceci : ce *vadimonium* fut la première des stipulations prétoriennes créées, et lors de sa création on lui conserva son nom de *vadimonium* qu'elle tenait des *vades* qui y figuraient, et qui lui avait été donné alors qu'elle n'était encore qu'une simple promesse et pas encore une promesse prétorienne. Puis le prêteur créa nombre d'institutions à l'instar de celle-ci, *cautio de rato*, *cautio judicatum solvi*, etc. Les empereurs en firent autant. Toutes ces institutions furent appelées des *cautiones*, il n'y avait plus alors de *vades*. On ne comprit pas que le *vadimonium* seul parmi elles eût un nom différent, et voilà pourquoi désormais on l'appela *cautio in jure sistendi*. C'était notamment la manière de le désigner sous Justinien, et voilà pourquoi partout dans sa compilation le prince fit remplacer le mot *vadimonium* par l'expression *cautio in jure sistendi*.

lui disait : *Spondesne certo die in jure sisti?* — Le défendeur devait répondre : *Spondeo*, et il ajoutait : *et tu quoque spondesne?* et le demandeur répliquait : *Spondeo*. Je crois en effet avec Mainz (tome I, p. 506) que l'engagement des plaideurs devait être réciproque. Il importait à la bonne administration de la justice que les deux parties fussent également fidèles au rendez-vous qu'elles se donnaient. La formule, du reste, de cette promesse était déterminée à l'avance et se trouvait écrite, comme celle de toutes les autres stipulations prétoriennes, dans l'album du magistrat. Malheureusement elle ne nous est point parvenue. Remarquons en passant qu'il résulte de la forme même de ce *vadimonium* que le muet et le sourd, qui ne peuvent ni stipuler ni promettre, ne peuvent être ainsi traduits en justice. L'*in jus vocatio* resta la seule manière d'intenter contre eux une action. On aurait même pu se demander si ces infirmes pouvaient être cités, et en effet ils ne peuvent postuler, à quoi bon dès lors les citer? (Loi 1, D. de *Postulando*.) Mais la loi que nous venons d'indiquer prend soin de dire que, s'ils comparaissent sans aide, le prêteur leur nommera d'office un avocat, c'est donc qu'ils peuvent être valablement assignés, puisqu'on s'occupe du cas où ils comparaissent.

Comment le jour de la comparution était-il fixé? D'ordinaire les plaideurs s'entendaient entre eux à ce sujet, *de die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire* (1). Si l'accord ne pouvait s'établir, c'était au demandeur stipulant qu'appartenait le choix. Il devait toutefois observer certaines règles; ainsi laisser s'écouler un intervalle suffisant entre les deux comparutions, *moderatum spatium*.

(1) Paul, lib. XIV, *ad Edictum*. Loi 8, D. II, VIII.

C'était au prêteur à décider si l'intervalle proposé était suffisamment *moderatum* (1). Certains délais de distance étaient aussi imposés. Le défendeur a un jour franc par chaque vingt mille pas et fraction de vingt mille, à partir du jour du *vadimonium*, pour comparaître, et ce délai ne saurait être abrégé. (Loi 8 p. D. II, viii. — L. 1, D. II, xi.) Cette dernière prescription s'appliquait surtout quand le défendeur jouissait du droit d'emmener son adversaire devant un tribunal provincial (2).

Lorsque le jour était ainsi choisi, et avant de prononcer la formule de la promesse, on discutait le montant de la *pœna*, c'est-à-dire de l'indemnité à payer par le défaillant, car généralement ce *vadimonium* était accompagné d'une *stipulatio pœnæ*.

Gaius, dans son Commentaire IV, § 186, nous donne des renseignements sur cette *pœna*. Dans les actions *judicati* et *depensi*, la *pœna* était de la valeur entière du litige; dans tous les autres cas le demandeur en fixait lui-même le montant, après avoir prêté le serment, *pro calumnia*, qu'il n'exagérerait pas. Cette *pœna* du reste était soumise à un double maximum, un relatif, la moitié de la valeur du litige, l'autre absolu, cent mille sesterces. Dans quelques cas enfin le prêteur en réglait lui-même le montant, dans les *actiones injuriarum*, quand l'injure était *atrox*. (Gaius, *Com.* III, §§ 224-225.) On comprend en effet que dans ces cas l'estimation de la valeur du litige ne pouvait être faite par le demandeur. L'homme injurié se

(1) Très probablement il y avait sur ce point des usages qui étaient observés, mais dont le souvenir n'est pas parvenu jusqu'à nous.

(2) *Observandum quod mille passus non a milliario Urbis, sed a continentibus ædificiis numerandi sunt.* (*Com.* de d'Aguesseau, *hoc t.*)

croit toujours plus fortement offensé, plus grandement atteint dans son honneur qu'il ne l'est réellement. Son estimation eût toujours été exagérée. Quand la *stipulatio* de cette *pœna* n'avait pas été ajoutée à la *stipulatio* principale, il y avait lieu de se demander quelle serait la somme à payer par les parties en cas de non comparution de l'une d'elles; Ulpien et Celse décident que ce sera le *id quod interest*. (Loi 3, D. II, v.)

Une discussion s'est ici élevée, divisant les auteurs. Ces règles concernant la *pœna*, que nous venons d'exposer et qui s'appliquent à la promesse faite devant le prêteur, concernent-elles aussi le *vadimonium* introductif d'instance? Pour ma part je le croirais volontiers. Les deux promesses portent le même nom, tendent au même but; elles doivent donc être assujéties aux mêmes lois, lois, du reste, fort sages et protégeant parfaitement le défendeur. Ces lois s'imposent encore plus dans cette espèce que dans l'autre, car le magistrat n'est plus là pour protéger l'appelé; la loi elle-même doit donc remplir ce devoir.

La majorité des auteurs pourtant regarde comme peu probable cette opinion. L'appréciation des circonstances qui servaient de base à la fixation du *vadimonium*, disent-ils, appartenait au magistrat; où ce magistrat n'était pas, on ne pouvait par conséquent promettre que le *id quod interest*.

Je ne dis pas que, quand le *vadimonium* était donné *in jure*, le magistrat n'intervenait pas, mais je ne regarde pas l'intervention du magistrat dans la fixation du *vadimonium* comme nécessaire. Le plus souvent, même devant lui, la *pœna* était fixée par le demandeur seul, sous serment; or ce serment pouvait très bien être prêté hors de sa présence. S'il en avait été autrement, de deux choses l'une, ou

ce *radimentionum* introductif d'instance n'aurait pu être accompagné d'une *stipulatio pœnis*, ce qui est contredit par les textes (loi 3, D. II, v.), ou la *pœnis* était fixée une fois pour toutes par l'Edit à une certaine somme (car je ne saurais admettre qu'elle eût été laissée indéterminée; permettre au demandeur d'en élever le chiffre à sa guise eût été annihiler tous les avantages de la *pœnis*; alors le chiffre fixe de cette *pœnis* serait parvenu jusqu'à nous. Le silence des textes indique suffisamment qu'on s'en rapportait à ce qui avait été décidé pour le *radimentionum* donné *de novo*. Si les règles avaient été changées, l'Edit l'eût indiqué.

Telle était dans ses formes cette promesse *in jure sustendi*.

Pour être valable, elle devait, du moins dans la plupart des cas, être corroborée, gagée par des cautions, et le prêteur ne se contentait qu'exceptionnellement d'une simple promesse, ou d'une promesse faite avec serment ou avec des *recuperatores*, *recuperationibus suppositis*. (Gaius, *Comm.* IV, § 185.)

Voyons quels étaient les cas où ces exceptions se présentaient. L'Edit les indiquait avec grand soin; ils étaient peu nombreux.

Les possesseurs d'immeubles étaient dispensés de fournir caution (1), leur simple promesse suffisait, *unde repes-*

1 Il y aurait peut-être lieu relativement à ces possesseurs de se demander jusqu'à quel point cette loi s'applique à notre matière, c'est à la fois de compétence à un *Traité des Appels*, et peut-être ne s'applique à elle qu'aux cautions qui devaient fournir les appelants. C'est la nous ce qu'indique l'auteur. *De iure Actionis*, § 616, et il cite l'opinion de Voetius, c. III, § 5. Cette manière de voir me paraît assez difficile à soutenir. Du moins que les commentateurs de Digeste ont inséré cette loi à notre titre, c'est que nos prédecesseurs l'ont considérée comme intéressant l'*in jure sustinere*. Ce n'est pas la première fois qu'on accorde, car à ce même titre nous voyons parler aussi de la *cautio pœnis sustinenda*.

missio (1); et par possesseurs d'immeubles on entendait non-seulement les propriétaires de tout ou partie de biens situés à la ville ou à la campagne, mais encore les locataires emphytéotiques, les nus-propriétaires. (Loi 1, § 1, D. de Sen. Silani. — Loi 15, D. II, VIII.) Il est curieux de remarquer que l'usufruitier n'était point ici considéré comme un possesseur, et était assujéti à fournir caution. Je ne sais quelle bonne raison Ulpien pouvait donner de sa manière de voir.

A part ces exceptions, tous ceux qui promettaient *in jure sistendi* devaient donner des fidéjusseurs, et ce ne fut que plus tard, sous les empereurs, que certaines personnes, à cause des dignités dont elles étaient revêtues, furent dispensées de cette nécessité, à condition d'ajouter à leur promesse un serment. A l'époque où nous sommes, il n'y a, à ma connaissance, qu'un seul cas où ce serment peut dispenser de la caution, et c'est probablement à ce cas que fait allusion Gaius à la fin de son Commentaire IV, quand il nous parle d'un *vadimonium jurejurando*. Ce cas, le voici :

Un habitant d'un municipe, se trouvant à Rome, y était rencontré par un Romain qui se disait son créancier et l'appelait en justice. L'habitant du municipe prétendait pouvoir se défendre valablement, et apporter des preuves de l'injustice de la demande, il demandait donc le renvoi de l'affaire; mais, n'étant point connu à Rome, et n'y possédant rien, il ne trouvait pas de fidéjusseurs. Allait-il se voir forcément condamner sans pouvoir se défendre ? C'eût

(1) Sur ce point pourtant, tous les auteurs ne sont pas d'accord. Vinnius est bien de notre avis. Mais Schultinger soutient que cette *cautio* que devaient donner les *possessores* était une caution *juratoria*, une promesse avec serment. (Schulting. *Notæ ad Pandectas, hac lege.*)

J'indique seulement la controverse sans la discuter ni entrer dans ses détails.

été une iniquité, et le prêteur le comprit. Il permit donc à cet habitant d'un municipe de demander son renvoi devant le juge de son pays natal, à condition de promettre qu'il y comparaitra au jour indiqué, et qu'il y fournira toutes les cautions demandées. C'était bien là un *vadimonium* et ce *vadimonium* était garanti par un simple serment (1). Le défendeur promettait sous serment sa comparution, et jurait en outre, à moins qu'il ne soit le patron ou le parent du demandeur, qu'il n'agissait ainsi que par nécessité, et nullement par esprit de chicane et pour gagner du temps. La violation de ce serment avait les conséquences les plus graves pour celui qui s'en rendait coupable (2).

Quant au *vadimonium*, *recuperatoribus suppositis*, ce n'était qu'un *vadimonium* ordinaire, donné avec ou sans *satisfactio*, suivant les cas, mais dans lequel le chiffre de la *pœna* à payer en cas de *desertio*, au lieu d'être fixé à l'avance et par les parties, ne l'était qu'après coup et que lorsque cette *pœna* était encourue ; c'était alors des tiers, *recuperatores*, préalablement désignés, qui en fixaient le quantum, *quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summum vadimonii condemnatur*, dit en parlant de lui Gaius au Com. IV, § 185, de ses Institutes. Les parties étaient libres

(1) On pourrait objecter que ce cas signalé ne se présentait jamais, car, en vertu de la règle *actor sequitur forum rei*, l'habitant d'un municipe devait toujours être cité à son municipe. La réponse à cette objection est facile à faire. Un Romain habitant Rome a le droit de n'être jugé qu'à Rome ; les tribunaux de la ville sont toujours compétents entre Romains ou entre Romains et pérégrins, et il faut avoir ce qu'on appelle le *jus revocandi* pour échapper à cette compétence. Ajoutons que la juridiction de l'empereur et celle du préfet du prétoire s'étendent à tout l'empire (Accarias, tome II, n° 733), que par conséquent ils peuvent connaître de toute affaire, et qu'un sujet de l'empire est toujours valablement cité devant eux.

(2) Arg. de la loi 8, § 5, au Digeste, II, VIII.

de recourir à ce genre de *vadimonium* quand bon leur semblait, et je ne crois pas que dans aucun cas il ait été imposé ou défendu. Les textes nous auraient indiqué ces cas, comme ils l'ont fait pour le *vadimonium* avec ou sans caution, or nous ne trouvons rien de pareil au Digeste.

Lorsqu'une caution était exigée, cette caution ne pouvait être qu'une caution personnelle, des fidéjusseurs; ni la *datio* d'un gage, ni le dépôt d'une somme d'or ou d'argent dans un temple ou autre endroit sûr, ne pouvait remplacer ce genre de garantie préféré du prêteur. (Loi 7, D. 46, 5.) (1).

Mais ces fidéjusseurs exigés pouvaient-ils être quelconques? Ne devaient-ils pas au contraire répondre à certaines conditions? *Fidejussor judicio sistendi causa datus, pro rei qualitate locuples detur* (loi 1, D. II, vi), voilà quelle était le principe général, celui qui domine toute la matière. Le fidéjusseur devait être capable de payer les condamnations auxquelles il s'exposait. Une seule exception est faite à ce principe en faveur de certaines personnes, qualifiées par les textes de personnes nécessaires, c'est-à-dire qui ne peuvent refuser le service qu'on leur demande. Ce sont celles qui cautionnent leurs parents, leurs patrons, leurs patronnes ou leur enfants, leurs épouses, leurs brus. Ces personnes, présentées comme fidéjusseurs, doivent être acceptées, à peine d'une amende de 50 sous d'or, car elles sont toujours réputées suffisamment riches. (Loi 2, 3, D. II, vi.) Cette exception avait été dictée par les idées des Romains sur les devoirs de parenté et de patronage.

Une discussion pouvait s'élever relativement à la capacité de ces fidéjusseurs proposés. C'était au prêteur à la tran-

(1) Voir, à propos de la préférence des Romains pour les sûretés personnelles comparées aux sûretés réelles, l'opuscule de M. Louis Lucas, déjà cité.

cher, c'était à lui à peser la solvabilité des personnes désignées. Il pouvait toutefois se décharger de ce soin sur un arbitre à ce nommé, et ce que l'arbitre décidait passait pour vrai. S'il jugeait la *cautio* suffisante, le demandeur qui en avait contesté l'idonéité était exposé à une action d'injure ; si elle était proclamée insuffisante, une autre devait immédiatement être fournie sous peine d'encourir la peine édictée contre qui refusait de fournir caution. (Loi 9, 10, § 1, D. II, VIII.) Si dans l'espace de temps qui séparait la réception de la *cautio* de la comparution, cette *cautio* venait à périlcliter, à être ruinée ou dépouillée de ses biens, une nouvelle devait encore être fournie. (Loi 10 *in fine*, D. II, VIII. — Loi 4, D. *de Stipul. prætor.*)

Toute personne suffisamment riche pouvait-elle être un fidéjusseur *in judicio sistendi*? Nous répondrons, non. Les textes en effet nous apprennent que celui qui a le privilège de ne relever que de certains tribunaux ne peut servir de *cautio* dans d'autres tribunaux, à moins de renoncer à son privilège. (Loi 1, D. II, v.) Ainsi, par exemple, un citoyen romain, domicilié à Rome, qui a le privilège de n'être jugé que par les tribunaux romains, ne peut être un *fidejussor idoneus* à Capoue. Il lui faudrait pour cela consentir à relever, relativement à cette affaire, du tribunal de Capoue. Ainsi encore un *legatus* qui jouit du privilège de *revocare domum*, retourner dans sa province quoique assigné à Rome, ne pourra pas être un *fidejussor idoneus*. Cette règle se comprend parfaitement : c'eût été aggraver la position du demandeur que de lui donner pour fidéjusseur un individu qu'il serait obligé d'aller assigner au loin ou devant un tribunal supérieur, où les frais sont plus élevés.

Toute personne qui ne peut par elle-même comparaître en justice, ne peut non plus être un fidéjusseur *in judicio*

sistendi. Hæc cautio utiliter non interponitur, nisi inter eas personas quæ legitimam standi in iudicio personam habent. Une femme, un mineur de 25 ans, à moins de se porter fidéjusseurs pour eux-mêmes ou pour leur procureur, un esclave, ne peuvent être des *fidejussores idonei*. (§ 1, loi 8, D. II, VIII.)

Sachant maintenant ce qu'était ce fidéjusseur, voyons quel était au juste son rôle, et comparons-le au *vindex*.

Le fidéjusseur est une création prétorienne qu'il ne faut pas confondre avec l'ancien *vindex*, prenant la cause en main, se chargeant du procès, dégageant celui contre qui on exerce la *manus injectio*, soit *extra jus*, soit *in jure*. Le fidéjusseur s'oblige seulement à faire représenter le défendeur au jour fixé. Il n'est pas responsable du procès, mais seulement de la comparution. Si le défendeur meurt auparavant, il est libéré (loi 4, D. II, VIII), tandis que le décès du défendeur ne déchargeait pas le *vindex*, pas plus que la mort d'un débiteur ne libérerait aujourd'hui sa caution.

Ce que promettait le fidéjusseur, c'était que le défendeur comparaitrait, *illum sisti*, et il s'engageait, au cas de non comparution de ce dernier, à payer au demandeur *tanti quanti ea res erit*, c'est-à-dire le montant même du procès, la somme à laquelle aurait été condamné le défendeur s'il avait comparu, la *pœna* seulement du *vadimonium* si cette *pœna* avait été stipulée. Il pouvait se faire pourtant que le fidéjusseur, en se portant caution, ait manifesté l'intention de payer, en cas de *desertum vadimonium*, non pas le *quanti ea res erit*, mais seulement une certaine somme ; alors une action n'était donnée contre lui que jusqu'à concurrence de cette somme. (Loi 2, § 5, D. II, VIII.)

Non-seulement le fidéjusseur devait assurer la comparu-

tion de celui qu'il cautionnait, mais il devait encore assurer cette comparution *in eadem causa*, c'est-à-dire représenter le défendeur dans les mêmes conditions de convenance que celles où il se trouvait au moment de la réception de la *cautio, ita ut actoris persecutio loco deteriori non sit*. (Loi 11, Dig. II, xi.)

Qu'était-ce donc que comparaître *in eadem causa*? Si *novum æs alienum contraxisset, vel pecuniam perdidisset, videtur tamen in eadem causa stare, si novo privilegio utitur non videtur in eadem*. Celui qui a contracté de nouvelles dettes ou perdu de l'argent est toujours *in eadem causa*, il n'en serait plus de même de celui qui aurait acquis un nouveau privilège, par exemple de ne plus relever du tribunal où il est assigné. (Loi 11, 12, D. X, v.) Où cette obligation était surtout lourde, c'était dans le cas d'actions noxales, quand la personne dont la comparution avait été promise était un esclave. Si l'esclave a cessé d'appartenir à celui qui a promis sa comparution, si son nouveau maître est soumis à une autre juridiction, s'il est plus puissant que l'ancien, tous cas de nature à se présenter souvent, l'esclave n'était plus réputé *in eadem causa*, et la responsabilité du *promissor* ou du *fidejussor* était engagée.

Lorsque au jour indiqué le promettant faisait défaut, lui ou ses fidéjusseurs, ou tous à la fois, étaient poursuivis *ex stipulatu*. Mais, pour obtenir contre eux une condamnation, il ne suffisait pas de faire constater le défaut, il fallait encore que ce défaut ne leur fût point imputable. Si l'appelé avait été arrêté par des brigands, s'il avait été retenu dans son municipe par les exigences de ses fonctions, s'il avait été cité en témoignage, si sa santé l'avait cloué dans sa maison, si les intempéries des saisons, les débordements

des fleuves ou les retards de la traversée avaient été les causes de son absence, il échappait avec ses fidéjusseurs à la condamnation. S'il avait été retenu de force et par méchanceté par un particulier, ce particulier était condamné à sa place. S'il était mort ou exilé, ses cautions échappaient à tout reproche et à toute poursuite. (Loi 1, § 1 et suiv. — 3, 4, D. II, XI.) On poussait même l'indulgence plus loin. Si, après son défaut, le promettant comparaissait, et si son retard n'avait occasionné aucun préjudice appréciable à son adversaire, l'*actio ex stipulatu* n'était point donnée contre lui. (Loi 8, D. II, XI.) (1).

Une question discutée est celle de la conséquence, relativement au procès lui-même, de la *desertio vadimonii*. Est-elle le fait du défendeur ? point de doute à avoir, elle entraîne, outre le droit à la condamnation que nous venons d'indiquer, l'envoi en possession du demandeur de tous les biens du défaillant. Mais *quid* au cas de *desertio vadimonii* par le demandeur ?

Le procès pourra-t-il être repris plus tard, ou le demandeur a-t-il perdu son droit et ne pourra-t-il plus le faire valoir ? C'est un point difficile à éclaircir (2). Il paraît plus juste et plus juridique de décider pourtant que le droit ne sera pas perdu. Un droit n'est déduit en justice, n'est nové que par la *litis contestatio*, or cette *litis contestatio* ne pouvait avoir lieu quand le défendeur défaillait, son

(1) D'Aguesseau, dans son *Commentaire du Digeste*, à notre titre, se demande si, par une stipulation faite au moment du *vadimonium*, on pouvait convenir que toutes ces exceptions ne viendraient pas au secours du défaillant. Il se prononce pour l'affirmative, malgré l'avis d'Atilicinus qu'il rapporte.

Je ne partage pas sa manière de voir. Ces exceptions avaient été dictées au préteur par le sentiment populaire et l'esprit d'équité. Aller à l'encontre eût été en quelque sorte faire une stipulation contraire à l'ordre public.

(2) Bonjean, I, § 194.

droit ne pouvait donc être éteint, sa seule peine était la perte de son *vadimonium*.

Tout ce que nous venons de dire de ces fidéjusseurs s'applique également à celui qui a promis la comparution d'un tiers, et à ses fidéjusseurs.

C'était là une variante de la promesse *in judicio sistendi*. Le promettant ne promettait pas toujours sa propre comparution, il pouvait aussi promettre celle d'un tiers, esclave ou homme libre.

Un citoyen, voyant un *vocatus* incapable de faire un *vadimonium*, pouvait le faire pour lui, il pouvait promettre la comparution de ce *vocatus*, *in eadem causa*, nous avons indiqué ce que l'on entendait par là. Cette promesse et les fidéjusseurs qui la garantissaient, étaient soumis à toutes les règles que nous venons d'exposer. Comment, pourrait-on dire, pareille promesse pouvait-elle être autorisée en droit romain? N'était-ce pas promettre le fait? Nous savons bien que cette promesse du fait d'autrui était valable quand il apparaissait que le promettant avait voulu s'obliger personnellement, et qu'on pouvait ainsi expliquer sa promesse. C'est même ainsi que Celsus (loi 81 *pr. D. de Verb. oblig.* XLV, 1) essaie de la justifier : *qui alium sisti promittit*, dit-il, *hoc promittit id se acturum ut stet*. Mais nous sommes ici en présence d'une stipulation, c'est-à-dire d'un contrat solennel, et devant recevoir une interprétation étroite. Or on ne peut voir dans ces mots : *spondeo illum sisti*, que la promesse du fait d'autrui. Comment donc concevoir la validité d'une telle promesse?

C'est là, je crois, une objection spécieuse. Un point certain tout d'abord, c'est que cette promesse était valable. Le Digeste la mentionne comme telle à chaque instant.

Comment maintenant expliquer ce fait ? Ainsi, je crois : C'était le préteur qui avait rédigé la formule de cette promesse, il l'avait écrite dans son album, c'est donc qu'il voulait lui donner un sens ; ce sens était contesté ; à qui s'adresser pour élucider la question ? à lui préteur, car, *in prætoris stipulationibus, si ambiguus sermo accideret, prætoris erit interpretatio, ejus enim mens æstimanda est.* (Loi 9, de *Stipul. prætor.*) Le préteur nécessairement interprétait sa formule dans le sens de la validité. L'*intentio* du promettant, du reste, n'était-elle pas certaine, et en parlant ainsi n'exprimait-il pas qu'il promettait de faire tous ses efforts pour assurer la comparution désirée (1) ? Voilà l'explication que je donnerai de cette prétendue anomalie, et par là se termine l'étude que je voulais faire de la *cautio in jure sistendi* d'après l'édit du préteur.

J'en aurais terminé avec mon second chapitre, si, dans un appendice, je n'avais deux mots à dire du droit d'évocation qu'avait le magistrat, et de la manière d'agir contre les *indefensi*.

(1) Ces explications sont empruntées à la thèse de M. Fernand Desserteaux, professeur à la Faculté de droit de Dijon : *Des Promesses et stipulations pour autrui*, p. 20.

APPENDICE

Du droit d'évocation du magistrat et de la manière d'agir contre les *indefensi*.

Nos explications précédentes se rapportent toutes à l'*in jus vocatio* privée. La maxime *a privato in jus vocari est potestas* régnait toujours, dominait notre matière. Cependant, dès l'époque où nous sommes, elle va subir une première atteinte. Ce rôle d'huissier, que le demandeur devait remplir, ne convenait pas à tout le monde. Il pouvait aussi se faire que le procédé ancien restât sans effet. Supposons un homme faible de corps, inconnu dans la ville, voulant s'adresser à un potentat de cette même ville, riche de force et d'influence; n'était-il point à craindre que, malgré l'Edit, le défendeur n'usât de sa force, ne résistât à l'injonction à lui faite, ne frappât son adversaire pour lui enlever toute envie de la recommencer, assuré qu'il était de l'impunité, persuadé que personne ne voudrait servir de témoin contre lui? Aussi, à côté de l'*in jus vocatio* privée, trouvons-nous un autre mode d'introduire les instances, mais extraordinaire, qui n'était pas de droit commun, et dans lequel l'autorité jouait le principal rôle.

Le demandeur allait trouver le magistrat, lui exposait son désir de citer son adversaire et ses légitimes craintes relativement à l'emploi de l'*in jus vocatio*. Celui-ci alors, en vertu de son *imperium* qui lui donnait le droit d'évocation, pouvait faire mander auprès de lui le défendeur

par ses *viatores* ou ses *lictores* (1). Ces officiers du magistrat se mettaient à la recherche de l'homme qui leur était signalé, et, lorsqu'ils le rencontraient, de gré ou de force, l'amenaient au forum, aidant le demandeur dans sa tâche.

Le respect qui était dû aux ordres du préteur, la crainte qu'inspiraient les armes des licteurs faisaient qu'un pareil commandement était toujours obéi. Ce procédé, par sa simplicité, sa sûreté, devait être très fréquemment employé, et je ne serais pas éloigné de voir en lui celui auquel on recourait le plus volontiers. Pour certains auteurs même, et notamment pour M. Accarias (2), c'était là la seule manière d'introduire les *cognitiones extra ordinem*. Partout en effet dans les textes où il est question de quelques-unes de ces *cognitiones*, il est dit, en parlant de leur introduction : *prætor evocabat*. Le préteur appelait auprès de lui le défendeur. (Loi 1, §§ 5, 2, 9, D. 25, 4. — Loi 26, §§ 7 et 9, D. 40, 5.)

Quant à la manière d'assigner les absents ou les latitants, elle n'existe pas plus dans la législation du préteur que dans la législation des Douze Tables. Il y avait toujours impossibilité d'assigner de telles personnes, et de lier avec elles une instance. L'Edit se contentait d'édicter contre elles des mesures de nature à les forcer à se représenter. Le demandeur était envoyé en possession des biens de l'absent, et cette *missio in possessionem* conduisait presque

(1) Tous les magistrats ne pouvaient pas agir de la sorte. Seuls le pouvaient ceux qui avaient ce que les textes appellent l'*in jus vocationem*, et tous n'avaient pas ce droit. Il appartenait uniquement à ceux qui avaient l'*imperium merum*, et aux premiers de ceux qui avaient l'*imperium mixtum*. Il était refusé aux magistrats inférieurs, aux édiles, aux questeurs. (Sigon. *de Antiq. jur. Civ. Rom.* lib. I, cap. 1.)

(2) Accarias, *Précis*, tom. II, p. 131.

toujours à la *bonorum venditio* (1), à moins que le défendeur ne fût absent *reipublicæ causa*, ou incapable, ou captif chez l'ennemi, ou que son absence n'impliquât ni dol, ni faute de sa part. Mais, remarquons-le, et répétons-le, il n'y avait toujours aucun moyen d'obtenir contre ces *indefensi* une condamnation, et de faire juger un procès où ils étaient partie (2).

(1) Gaius, III, 78.

(2) On considérait comme *indefensus* non-seulement celui qui était absent ou caché au moment de l'*in jus vocatio* ou de la demande du *vadimonium*, mais encore celui qui, ayant promis sa comparution, ne venait pas. Celui-là était alors condamné *ex stipulatu* à la *pœna vadimonii*, et en outre soumis à la *missio in possessionem*. Il manquait en effet à sa promesse, d'où l'*actio in stipulatu*, il empêchait la condamnation d'être prononcée, d'où la *missio in possessionem*. Contre ce cumul on peut être tenté d'alléguer deux textes. (L. 5, §§ 1 et 2, D. II, 11.) Paul suppose que deux débiteurs étant tenus *ex eadem causa* envers le même créancier, l'un d'eux a fourni la *cautio in jure sistendi*, et manqué à son engagement. Dès lors la peine est encourue par ce débiteur, mais si le créancier poursuit l'autre débiteur, elle cesse d'être exigible. Cette décision ne nous contredit en aucune façon; elle s'explique par cette considération que le créancier qui obtient une formule contre le débiteur étranger au *vadimonium* renonce à tous ses droits contre l'autre. On remarquera d'ailleurs que, dans l'hypothèse spéciale d'un *vadimonium* fourni *in jure*, l'exclusion du cumul aurait quelque chose d'absurde, car, comme presque toujours la peine promise est inférieure de moitié au moins à l'intérêt litigieux, le demandeur opérerait presque infailliblement pour la *missio in possessionem*.

CHAPITRE III.

Le chapitre précédent nous a appris ce qu'était l'introduction de l'instance à Rome sous la législation du préteur. Voyons dans un nouveau chapitre l'œuvre des empereurs et, à cet effet, consultons les Codes Théodosien et de Justinien.

Sous les empereurs, nous allons voir subsister l'*in jus vocatio* primitive; le *vadimonium*, l'évocation du préteur. C'est à peine si nous aurons à signaler relativement à ces modes quelques innovations. Ils sont arrivés à leur entier développement. Ils sont insuffisants, c'est vrai, ils présentent notamment deux graves inconvénients : de ne pouvoir s'adresser aux absents et de ne pas indiquer forcément aux parties ce pourquoi elles sont traduites devant le magistrat. Le mode nouveau que vont créer les empereurs leur sera de beaucoup supérieur. Mais les Romains aimaient frénétiquement leurs anciens usages, ils y étaient fortement attachés, et, quand ils en avaient reconnu l'in-

suffisance, ils ne les abrogeaient pas, ils ne les supprimaient pas d'un trait de plume. Ils créaient une institution nouvelle, destinée à les remplacer, existant d'abord conjointement avec eux et ne les supplantant que petit à petit, par suite de l'oubli et de l'abandon des justiciables qui, ayant à leur disposition un procédé plus sûr, l'employaient de préférence. C'est ce qui arriva pour l'*in jus vocatio*, le *vadimonium*, l'*evocatio*. Tout cela subsiste encore de nom, est encore réglementé par la législation en vigueur, peut être employé, et de fait l'est encore quelquefois, mais le procédé ordinaire, celui de droit commun, est la *litis denuntiatio*, de jour en jour perfectionnée, et arrivant avec Justinien, sous un autre nom, à son épanouissement. Sous ce prince l'on peut dire que c'est là la seule manière d'introduire les instances, et quand, dans les Nouvelles, on fait allusion à cette partie de la procédure, c'est toujours ce mode que l'on vise et que l'on a en vue.

Dans un premier paragraphe nous indiquerons les modifications apportées aux anciennes règles; dans un second nous parlerons du mode nouveau créé par Marc-Aurèle et Constantin; dans un troisième enfin nous dirons quelques mots des cautions *in judicio sistendi* et *expensi*, ainsi que des *indefensi*.

§ 1.

Des modifications apportées par les empereurs aux anciens modes d'introduction de l'instance.

Ces modes en eux-mêmes, nous l'avons dit, ne furent pas changés, ils restèrent ce qu'ils étaient dans leurs formes, surtout sous les premiers empereurs. On pourrait

dire que les Césars ne touchèrent pas à eux ; ils les laissèrent subsister tels qu'ils étaient à leur avènement, et tomber en désuétude, sans essayer de les améliorer. Les modifications qui sont leur œuvre sont en effet d'une application très générale, et concernent aussi bien la *litis denuntiatio*, et la *libelli conventio* que l'*in jus vocatio* ou le *vadimonium* ; plusieurs même d'entre elles n'apparurent qu'à une époque où depuis longtemps déjà les anciens procédés avaient disparu.

Ces modifications, objets de constitutions nombreuses, vinrent augmenter le nombre des personnes auxquelles la *reverentia* était due, et qui ne pouvaient être assignées qu'avec l'autorisation du magistrat, de celles qui ne pouvaient jamais être forcées de comparaître, des moments qui devaient être considérés comme sacrés, et où l'*in jus vocatio* ni la demande du *vadimonium* n'étaient possibles.

C'est ainsi que l'épouse du *manumissor* est assimilée pour la *reverentia* aux parents et aux patrons (loi 1, C. n. t.), que même décision est prise par l'empereur Gordien en faveur des héritiers, même externes, de ces mêmes parents et de ces mêmes patrons. (Loi 2, C. n. t.) C'est ainsi que les évêques et les clercs, voyageant pour le service de leur église, ou se rendant à une ordination, ne peuvent être assignés ; *ne episcopi legationis tempore convenientur*, édicta Justinien. (Novell. 123, cap. xxv.)

C'est ainsi que les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, abrogeant l'ancienne distinction des jours en jours *feriati* et jours *judiciarii*, déclarent *omnes dies esse juridicos*, mais indiquent les jours *in quibus debent jura differi*, où les affaires doivent cesser et pendant lesquels aucune assignation ne doit être donnée : *nulla quemquam urgeat admonitio, nulla fidejussionis flagitetur exactio, deli-*

tescat admonitio, ainsi parlent les textes. Ces jours sont les deux mois des vendanges et des moissons, sauf pourtant pour certaines affaires trop urgentes pour pouvoir s'accommoder de ces délais de vacation, *publicæ, fiscales aut pistoriæ causæ*, celles du fisc, des boulangers ou des villes ou établissements publics. Ce sont encore, et pour toutes les causes cette fois, la semaine pascale, la semaine d'après Pâques, les quinze jours qui précèdent cette fête, les dimanches, le jour de Noël, le jour de l'Epiphanie, et ceux des autres fêtes catholiques, les jours anniversaires de la fondation de Rome ou de Constantinople, de la naissance de l'empereur, de son avènement au trône. (Lois 7, 8, 11, C. de *Feriis*.)

Comme dernière nouveauté, citons enfin la réglementation faite par les empereurs Arcadius et Honorius de la peine frappant le *vocatus* récalcitrant et usant de violence pour échapper à la *deductio in jus*. Auparavant cette peine était déterminée arbitrairement par le magistrat. Le Digeste se contentait de dire que l'appelé récalcitrant serait condamné à une amende, *mulcta*, sans indiquer quelle serait cette amende. (Loi 2, § 1, D. II, v.) Les empereurs sus-nommés en déterminèrent le montant, elle sera de *duæ, senæ, aut tertiæ unciaë auri*, suivant l'importance des tribunaux devant lesquels les coupables étaient appelés. (Loi 6, C. de *Modo multarum*.)

Sauf ces quelques points de détail que je viens d'énumérer, il n'y a rien de particulier à noter, à l'époque où nous sommes parvenus, relativement aux anciens modes d'introduction des instances; passons donc aux modes nouveaux.

§ 2.

De la litis denuntiatio et de sa modification, la libelli conventio.

La *litis denuntiatio* est l'œuvre de Marc-Aurèle ; elle est la reconnaissance officielle d'un très ancien usage. Autrefois, sous le régime des actions de la loi, la *condictio*, la *judicis postulatio*, et même, dans certains cas, l'*actio sacramenti*, étaient toujours précédées ou accompagnées d'un avertissement, d'une sommation, d'un acte, en un mot, par lequel le demandeur notifiail ses prétentions à son adversaire, acte appelé *condictio, denuntiatio* (1). Lorsque les actions de la loi eurent disparu, cet usage des *denuntiationes* ou *condictiones* ne se perdit pas ; il resta dans les mœurs, et les Romains conservèrent l'habitude, avant d'intenter un procès, de faire au défendeur une notification de leurs prétentions ; ainsi, plus tard, quand l'action elle-même était introduite, des lenteurs étaient évitées, car les parties pouvaient immédiatement discuter sur des points qu'elles connaissaient. Cette notification fixait un rendez-vous au prétoire, et on ne recourait aux procédés légaux vis-à-vis du défendeur que s'il manquait à ce rendez-vous. Mais, jusqu'à Marc-Aurèle, ces *denuntiationes*, quoique très usitées et très fréquentes, restèrent facultatives (2). Jusqu'à l'*actionis editio*, le demandeur n'était pas forcé d'indiquer à son adversaire le but du

(1) Voyez Zimmern, *Traité des Actions*, p. 42 et 43.

(2) Ces *denuntiationes* n'étaient obligatoires que dans certains cas tout à fait particuliers et indiqués par l'Edit. (Loi 4, § 5, D. *de Damn. infect.* — Loi 1, § 1, D. *de Agnoscendis liberis.*)

procès qu'il poursuivait, et, s'il le lui avait indiqué auparavant, cela ne le liait en rien.

Ce fut Marc-Aurèle qui, frappé des avantages que présentaient ces *denuntiationes*, en fit un mode particulier d'introduction des instances. Il décida que tout individu, touché d'une pareille sommation, devrait se considérer comme *vocatus in jus*, et, sans nouvelle injonction, sans qu'on soit obligé de recourir à l'*in jus vocatio* ou au *vadimonium*, au jour fixé, après l'écoulement d'un temps déterminé pendant lequel il pourrait préparer sa défense et signifier à son tour ses moyens au demandeur, comparaître devant le magistrat. La *litis denuntiatio* était créée. Assistons maintenant aux améliorations successives que lui firent subir les successeurs de Marc-Aurèle, et notamment les empereurs chrétiens.

Jusqu'à Constantin, cette *litis denuntiatio* resta facultative; les citoyens pouvaient l'employer si bon leur semblait; ils pouvaient aussi recourir aux autres procédés, *in jus vocatio*, *vadimonium*.

Constantin, pris d'admiration pour la nouvelle institution, bien supérieure, il faut le reconnaître, aux anciennes, la rendit en l'an 322 obligatoire. Ce prince décida que, sauf dans certaines causes particulières, les *denuntiationes* préalables seraient exigées, et devraient être faites. Il indiquait en même temps la manière dont elles seraient signifiées. Ce ne seraient plus des actes privés, et il donnait le motif de sa décision, motif qui aujourd'hui encore est invoqué pour justifier l'intervention des huissiers dans nos assignations. Il pourrait se faire, disait-il, que les témoins de la *denuntiatio* meurent, s'absentent, soient inconnus, n'inspirent aucune confiance; alors comment saurait-on si et quand la prescription

de la loi a été observée. Cela ne se peut pas, et voilà pourquoi ce seront des officiers ministériels, offrant toutes les garanties désirables, qui seront chargés d'accomplir les prescriptions de la loi.

Le demandeur devait aller trouver les magistrats, *quibus actorum conficiendorum jus erat*, et qui étaient à Rome les *magistri census*, dans les provinces, les *defensores civitatum*, les *rectores et præsides provinciæ*. Il leur faisait sa *denuntiatio*, qui était immédiatement inscrite à leur greffe, et il leur appartenait ensuite de la faire parvenir à son adresse. Ces magistrats le faisaient à l'aide de leurs *viatores* ou de leurs *executores*. Aucun texte ne le dit formellement, mais on peut avancer cette opinion sans trop de témérité (1). La *denuntiatio* était faite au défendeur oralement ou par écrit, mais l'écrit n'était pas obligatoire, la procédure romaine était essentiellement orale, et l'écriture n'y fut jamais exigée (2).

Cette *litis denuntiatio* une fois faite, les parties ne pouvaient pas venir immédiatement auprès du juge devant lequel elles étaient citées ; elles ne devaient y comparaître qu'au jour fixé, et ce jour devait être séparé de celui de la *denuntiatio* par un certain intervalle de temps, déterminé par la loi, et qui ne pouvait être ni augmenté, ni diminué. (L. 4, C. Th. *h. l.*) La durée de ces délais nous est assez peu connue. Nous savons pourtant que, dans les causes du fisc, elle était de quatre mois (l. 3, C. Th. 2, 7), qu'il en était de même dans certains autres cas (l. 1, C. Th. *de Temp. cursu*), que parfois aussi elle était réduite à deux mois. (Loi 1, C. Th. 11, 13.)

(1) Ortolan, *Législ. romaine*, t. III, n° 2062.

(2) Ortolan, *ead. lib.* n° 2062 — L. 17, § 1, *Co. de Dignitatibus*.

Quant aux délais ordinaires, nous ne les connaissons pas. Étaient-ils de dix jours, comme sous Justinien, augmentés, bien entendu, des délais des distances ? Nous ne pouvons rien affirmer de précis, mais cela est peu probable ; ils devaient être fort longs au contraire, et ce fut ce qui amena la chute du procédé.

Mais l'affaire n'en était pas moins introduite du jour de la *denuntiatio* ; *lis incohata dicatur*, disent les empereurs Théodose et Arcadius dans une de leurs constitutions.

Où recueille-t-on ces renseignements sur la *litis denuntiatio* ? Ce n'est pas dans la grande compilation de Justinien, où l'on en trouve à peine des traces. (L. 7, D. 5, 2. — L. 20, §§ 6 et 11, 5, 3. — L. 5 p. D. 49, 19.) Du temps de ce prince, cette institution avait cessé d'exister ; elle semble avoir disparu à la fin du ^{ve} siècle (1). Elle était remplacée par une autre très voisine, présentant avec elle de grandes analogies, mais perfectionnée par Justinien, et nous apparaissant en quelque sorte comme son œuvre. Le grand empereur, poussé par un amour paternel pour sa création, ne parla que d'elle dans ses recueils ; il ne voulut même pas que le nom de la *litis denuntiatio* et les lois qui s'y rapportaient y fussent mentionnés. C'est par Aurélius Victor (2), et surtout par le Code Théodosien, qui lui consacre deux de ses titres, le titre de *denuntiatione, vel editione rescripti* (2, 4) et le titre de *temporum cursu et reparationum denuntiationum* (2, 6), que nous avons pu en prendre connaissance. Nous renvoyons à ces sources si on veut vérifier nos allégations.

(1) Bethmann, Holweg, *Civ. Proc.* § 24.

(2) Aurélius Victor, *de Cæs. Rom.* XVI, 9.

Cette *litis denuntiatio* fut le procédé habituel, ordinaire, je dirai même forcé, puisque les causes où le choix était laissé aux parties étaient peu nombreuses et limitativement déterminées, de toute la période qui s'étendit de Constantin à la fin du ^{ve} siècle. Les textes nous la représentent ainsi : la loi unique au Code Théodosien, 2, 14, nous parle de la *necessitas denuntiandi*; la loi 3, au même Code, 2, 4, nous apprend qu'il existait une exception basée sur l'omission de la *denuntiatio*.

À côté de ce procédé habituel d'introduction des instances, le Code Théodosien en mentionne un second, extraordinaire celui-là, mais dont nous devons quand même dire un mot : la *rescripti editio*, ou rescrit impérial, provoqué par le demandeur, et renvoyant les parties devant un magistrat déterminé. Ce rescrit était signifié par l'ordre du magistrat, et par ses *executores*, au défendeur, qui devait se conformer à ses ordres (1).

Mais les chicaneurs étaient devenus nombreux au Bas-Empire ; ils entraînaient facilement, à tort ou à raison, leurs ennemis devant les tribunaux, par pure vexation, dans le seul but de leur occasionner des frais et des déplacements souvent dangereux, toujours onéreux, prêts à se désister une fois *in jure*. Cet amour de la chicane devint bientôt une plaie de l'époque, à laquelle il fallut porter remède. Les tribunaux étaient encombrés, les citoyens toujours au milieu des procès. Ce fut une des raisons, et non la moindre, qui fit modifier la *litis denuntiatio*, qui par elle-même ne permettait pas de parer à ce danger. Les magistrats en effet étaient toujours obligés de la recevoir et de la faire signifier, sans l'examiner, sans pouvoir

(1) Ortolan, *Législ. rom.* n° 2062.

écarter les demandes qui ne contenaient aucun argument sérieux.

Les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius commencèrent par édicter que personne ne pourrait être traduit en justice sans qu'au préalable le juge ne l'ait permis. Ce juge pesait les motifs invoqués, et n'accordait son autorisation qu'après les avoir reconnus plausibles : *Neminem in judicio exhibendum esse præcipimus, nisi de cujus exhibitione judex pronunciaverit*, dit la constitution 3 au Code (loi 3, C. 9, 3.) Telle fut l'origine du nouveau mode d'assignation, qui, sous Justinien, arriva à son complet développement, et à son épanouissement parfait, mode un peu trop compliqué peut-être, encombré de formalités gênantes et coûteuses, entravant dans une certaine mesure la liberté des parties, mais convenant bien, il faut l'avouer, à cette époque procédurière et tracassière à l'excès.

Sous le grand empereur jurisconsulte, l'assignation était ainsi donnée : le demandeur rédigeait ou faisait rédiger son exploit (*libellus conventionis*), où il indiquait sommairement le fondement et l'objet de sa demande (1). Il y apposait sa signature, ou, s'il ne savait pas écrire, faisait signer à sa place un tabulaire. (Novell. 112, cap. II.) Aucune formule sacramentelle n'était imposée (l. 1, C. 2, 58. — Loi, 47, § 1, D. III, v); le demandeur remettait ensuite son exploit au tribunal, ou plutôt le déposait en présence des magistrats au greffe de ce tribunal (2), du tribunal devant lequel il voulait assigner son adversaire,

(1) (Loi 1, § 24, D. 4, 6. — Loi 1 pr. D. 2, 13. — Loi 3, C. 7, 40.)

(2) C'est là une question qui pourrait être discutée, la *cautio* était-elle donnée en présence ou hors la présence du tribunal ? Pour l'affirmative on pourrait invoquer la vieille règle que la *cautio in jure sistendi* était toujours donnée in

non plus, comme autrefois la *denuntiatio*, à certains magistrats spécialement désignés. (Novel. 96, Nov. 112, cap. II.) Il fournissait en même temps la *cautio judicio sisti*, par fidéjusseurs ou par serment, suivant sa qualité. (Novel. 112, Nov. 96.) Le tribunal examinait la recevabilité de la demande, et rendait, selon les circonstances, une ordonnance d'assignation ou une ordonnance de non-lieu. Cette ordonnance d'assignation, *commonitio*, *conventio*, *citatio*, ce sont les noms qu'elle porte, pouvait être écrite ou orale. (L. 17, § 1, C. de Dignit. — L. 12, §§ 2 et 3; — L. 14, C. 12, 19.)

Si elle était écrite, elle figurait sans doute à la suite de l'exploit du demandeur; c'était, par rapport à cet exploit, une véritable ordonnance de soit-communiqué. L'un des huissiers du tribunal (*executor*) était alors chargé de transmettre le libelle et l'ordonnance d'assignation au défendeur ou à son représentant. Celui-ci devait en donner un récépissé (*libellus responsionis*) (Novel. 53, C. 3, § 2) et payer les épices déterminées par la loi. De plus il était obligé de fournir à l'huissier la *cautio judicio sisti*, par fidéjusseur, ou par serment, suivant sa qualité, comme le demandeur (1). Faute de fournir cette caution, il était placé sous la garde de l'huissier (loi 1, C. 3, 2), ou retenu en prison (l. 16, C. 9, 4), à l'exception de certaines personnes, et surtout des femmes. A partir de Justinien seulement, le magistrat n'eut plus ce pouvoir de faire amener

jure; pour la négative, l'exemple du défendeur qui, lui, donnait cette *cautio* à l'huissier. Dès lors pourquoi n'en serait-il pas de même du demandeur, et pourquoi ne pourrait-il pas donner au greffier la *cautio*, comme le défendeur la donne à l'huissier? Je serais plutôt de ce dernier avis.

(1) La *fidejussio* portait sur la somme arbitrée par le juge d'après l'objet de la demande. (L. 23, § 1, C. 1, 3. — L. 4, § 1 *initio*, C. 3, 2.)

de force au tribunal un défendeur dans une affaire civile ; l'empereur seul, et le préfet du prétoire, le purent dès lors. (Novel. 151, cap. 1.)

Ainsi averti, le défendeur devait comparaitre après vingt jours francs, augmentés des délais de distance, qui existaient toujours. (L. 1, D. I, II.) C'était Justinien qui, dans la Novelle 53, cap. III, § 3, avait porté ce délai à vingt jours ; primitivement, il n'était que de dix jours. Justinien le trouva insuffisant, et le porta à vingt.

Si, après l'expiration de ce délai, l'assigné ne comparaisait pas, on suivait contre lui la procédure de la contumace, dont nous parlerons plus loin.

Nous avons dit que l'exploit du demandeur était remis au défendeur par les *executores judicis*. Comment s'y prenaient ces officiers de police judiciaire dans l'accomplissement de leur mission ? devaient-ils observer des formalités particulières ? pouvaient-ils remettre leur libelle en tout temps, en tout lieu, à toute heure du jour ?

Disons d'abord qu'aucune formalité n'était prescrite pour la remise de l'exploit, *modis omnibus offeri libellum sancimus*, dit Justinien, dans la Novelle 53, au chapitre III, paragraphe 1. Quant aux lieux et aux heures auxquels cette remise pouvait être faite, toutes les règles de convenance que nous avons indiquées à propos de l'*in jus vocatio* et du *vadimonium*, devaient être observées et cela pour les mêmes raisons. C'est là la cause de leur mention au Digeste. Le libelle ne pouvait être offert à un magistrat sur son siège, à un prêtre aux pieds des autels, à un parent pleurant un défunt et en conduisant le deuil. Justinien se montre même très sévère sur ce dernier point. Les jours fériés, les heures de nuit étaient également à respecter. L'autorisation du magistrat devait au préalable être de-

mandée avant de déposer au greffe un libelle contre un parent ou un patron, etc.

Une remarque doit être faite ici relativement au lieu où la *citatio* et l'*in jus vocatio* pouvaient être pratiquées. Tandis que cette dernière se faisait soit dans la rue, soit sur les places, soit ailleurs, mais jamais à la maison du défendeur, la remise du libelle au contraire se faisait de préférence à la porte de cette maison, l'huissier ne pouvait pénétrer de force dans l'habitation, mais c'était là qu'il s'adressait tout d'abord, il remettait son exploit au défendeur à la porte de sa maison, ou à l'intérieur, si celui-ci le laissait entrer. Les idées religieuses avaient changé, l'inviolabilité du domicile n'était plus regardée comme un principe aussi sacré. Les vieux Lares ne gardaient plus la porte du foyer domestique, leurs autels avaient été renversés ; les empereurs du reste avaient habitué leurs concitoyens à ne plus trouver dans leur demeure un asile inviolable. Si l'huissier ne trouvait pas celui qu'il cherchait, il pouvait s'adresser à ses amis, à son procureur, au besoin il faisait sa citation *ad domum*, disent les textes, devant la maison, et cela suffisait pour que l'instance fût valablement introduite, ou, tout au moins, la *libelli conventio* valablement faite. (Loi 4, § 5, D. *de Damni infect.* — Loi 1, § 1, D. *de Agnoscendis liberis.* — Loi 5, D. *Quod vi.*)

Une fois toutes ces formalités remplies, et l'on voit que nous n'avions rien exagéré en les qualifiant de nombreuses et coûteuses, l'instance était introduite ; elle devait, quoi qu'il arrive par la suite, suivre son cours ; le demandeur ne pouvait plus augmenter son libelle, le défendeur avait beau devenir clerc ou soldat, il devait répondre à la citation qu'il avait reçue, à peine d'être traité comme un con-

tumax, et d'être condamné, *ex stipulatu*, au montant de la *cautio* promise. Le clerc qui avait souscrit la *libelli responsio* ne pouvait plus invoquer son privilège. (Loi 4, § 1, C. n. t.)

Nous connaissons maintenant la *libelli conventio*, mode d'introduction des instances du temps de Justinien ; ce procédé paraît avoir été celui de droit commun, mais était-il le seul ? Que sont devenus à cette époque les anciens modes ? Subsistent-ils encore ? Sont-ils encore employés ? A côté du mode ordinaire, n'y en avait-il point un autre plus simple pour les affaires les plus claires, et où toute discussion était à peu près impossible, comme autrefois, à côté de la *litis denuntiatio*, existait la simple *citatio* ?

A ces deux dernières questions je répondrai : Non. Il n'y avait point sous Justinien de mode moins compliqué que celui que nous avons dépeint, pour introduire les actions les plus simples, et cela par cette raison que c'était ce procédé le plus simple d'autrefois qui seul avait subsisté. Les *denuntiationes* avaient disparu, remplacées par une simple *citatio* (1), mais peu à peu l'on reconnut que cette unique citation était un mode par trop simple, on regretta les avantages que présentaient les *denuntiationes* antiques, qui faisaient connaître entièrement les prétentions de l'adversaire, et alors on y revint en quelque sorte en créant le *libellus conventionis*. Quant aux formalités qui entourèrent la rédaction et la remise de ce *libellus* et sa *conventio*, elles tiennent à l'ordre public, elles sont inspirées par

(1) Ce fut Arcadius qui porta le premier coup à la *litis denuntiatio* et permit de se contenter d'une simple citation. Ce prince voulut que l'on pût « *ruptis denuntiationum ambagibus inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes proponere.* » Loi 6, C. Th. h. t. 2, 4, et cela dans un nombre considérable de causes.

la haine de la chicane, elles doivent donc être observées dans tout procès. Le plus grand inconvénient des *denuntiationes* était la longueur de leurs délais, et, nous le savons, sous Justinien, ce délai n'est plus que de 20 jours, il n'est donc pas extravagant. Voilà pourquoi il ne pouvait y avoir alors un procédé plus simple que celui dont nous avons parlé; il n'y en avait point non plus de plus compliqué, les textes nous l'auraient dit et ils sont muets à cet égard.

Quant à l'*in jus vocatio*, au *vadimonium*, à la *litis denuntiatio*, à la *rescripti editio*, que sont-ils devenus? Ils ont tous disparu.

La *litis denuntiatio*, la *rescripti editio*, ne font plus parler d'elles dès la fin du ve siècle, nous l'avons indiqué plus haut.

Le *vadimonium* est tellement oublié comme mode d'introduction des instances que son nom même n'apparaît pas dans la compilation de Justinien. A quelle époque mourut-il? Il serait difficile de le dire; certains auteurs ont voulu conclure d'une phrase ambiguë d'Aurélius Victor (1) que l'usage en aurait été interdit par Marc-Aurèle, mais le nom de *vadimonium* est prononcé dans Paul, et, à l'époque de Théodose II, dans Ammien Marcellin (2). Il existait donc à cette date; du reste il était tellement en usage du temps de Gaius qu'il n'est pas présumable qu'il eût ainsi disparu tout à coup; en cherchant bien, on en trouverait peut-être encore des traces dans les livres de

(1) Aurélius Victor, de *Cæsari Rom.* cap. xvi. « *Legum ambigua mire distincta vadimoniorumque solemniter remoto denuntiandæ litis operiendæque ad diem commode jus introductum.* »

(2) Ammien Marcellin, XXX, 4.

Justinien. On a donné à la phrase d'Aurélius Victor une portée trop grande, qu'elle ne saurait avoir. Elle ne fait qu'indiquer la possibilité de choisir entre le *vadimonium* et la *litis denuntiatio*. C'est ainsi qu'il faut la comprendre, et la réforme de Marc-Aurèle n'eut pas d'autre portée. Elle ne fit que créer un mode nouveau, à côté des anciens, sans supprimer aucun de ces anciens.

Je passe à l'évocation du préteur. Elle dut continuer de subsister, avec sa simplicité primitive, dans quelques cas particuliers, ceux indiqués au Digeste. (L. 1, §§ 2 et 9, D. 25, 4. — L. 26, §§ 7 et 9, D. 40, 5.) A part ces cas, et quoique les magistrats, qui avaient toujours l'*imperium*, eussent encore pu y recourir, je crois qu'elle n'était plus en usage. Nous voyons en effet les empereurs, dans toutes les constitutions où ils organisent soit la *litis denuntiatio*, soit la *libelli conventio*, faire défense aux magistrats d'appeler personne à leur barre avant l'accomplissement des formalités qu'ils prescrivent. (Novel. 112, cap. II.)

J'ai réservé l'*in jus vocatio* pour la fin. Elle subsiste en ce sens que la comparution volontaire est toujours permise, et que les parties peuvent, de leur gré, se présenter devant le juge pour y exposer leur différend, *edere actionem*. Se rencontrant à la promenade, aux bains, ou ailleurs, des citoyens byzantins du ^{ve} siècle pouvaient s'inviter amialement à aller trouver ensemble le magistrat pour lui exposer l'objet de leur division. Sous peine de paraître mal élevés, ils devaient, dans cette invitation, observer certaines règles de convenance, commandées par les mœurs et les usages, mais ils n'étaient pas punis s'ils y manquaient, comme leur adversaire ne l'était pas s'il refusait de faire droit à leur réquisition. La constitution des empereurs Arcadius et Honorius, réglementant

l'amende encourue en pareil cas, devait à cette époque recevoir une autre interprétation, et s'appliquer au défendeur refusant à l'*executor* la *cautio in jure sistendi*, qu'il devait lui fournir. Peut-être même n'eut-elle jamais d'autre but, car, très probablement, ainsi que nous allons essayer de le démontrer, l'*in jus vocatio* primitive, sous ces empereurs, n'était plus qu'un souvenir. A partir de Constantin, quand ce prince eut rendu la *litis denuntiatio* obligatoire pour la majeure partie des causes, son rôle dut devenir bien modeste. S'il est vrai, comme on peut l'inférer de la loi 3 au Code Théodosien, à notre titre, et de la loi 2, au même Code, au titre XIV, que, même dans ces causes où la *litis denuntiatio* n'était point obligatoire, et qui étaient, j'avais jusqu'ici oublié de les indiquer, les affaires urgentes, celles où les prétentions des plaideurs étaient complètement liquides, ou encore celles basées sur un *chirographum* (loi 3 et suiv. C. T. n. t.), l'*in jus vocatio* n'était point employée, et était remplacée par une *citatio*; alors, on peut bien le dire, dès cette époque, l'*in jus vocatio* de la loi des Douze Tables et de la législation du prêteur avait complètement disparu. En tous cas elle n'alla pas plus loin que la naissance de la *libelli conventio*; lorsque ce dernier procédé eut été créé, il devint effectivement obligatoire en toute matière. Mais elle dut s'évanouir auparavant. Nous voyons au Code Théodosien (loi unique, 2, 14), que ce que l'on appelle alors l'*in jus vocatio*, c'est précisément cette citation au moyen de laquelle on introduisait ces instances que je viens d'indiquer. L'ancienne avait donc disparu puisque son nom disponible avait pu être donné à une autre institution. Si le Digeste la mentionne encore, lui consacre un titre à part, ainsi que le Code, ce n'est pas parce qu'elle subsis-

tait encore à l'époque de ces recueils, mais c'est que, sous son nom générique, on groupa les règles générales s'appliquant à tous les modes d'introduction de l'instance, quels qu'ils soient. Il est à remarquer en effet que les deux titres, *de in jus vocando*, du Digeste comme du Code, ne nous donnent aucun détail sur ce procédé particulier d'assignation, appelé autrefois l'*in jus vocatio*. Ils se contentent de poser des règles très générales sur les lieux où l'assignation ne saurait être donnée, et sur les personnes que leur situation commande de traiter avec respect.

En résumé, la *libelli conventio* était le seul mode d'introduction des instances sous Justinien. Peu à peu les autres modes avaient été reconnus incommodes, insuffisants ou dangereux; peu à peu ils avaient été abandonnés ou perfectionnés; la *libelli conventio* était le résultat de toutes ces améliorations successives.

J'ai ainsi terminé l'étude de l'introduction de l'instance sous les empereurs; j'aborde mon dernier paragraphe dans lequel j'exposerai ce qu'est devenue la *cautio in jure sistendi* à cette époque, et je dirai deux mots d'une autre caution que créa Justinien, la *cautio præstanda ab his qui de proprio territorio sibi obnoxios abstrahunt*. Je le terminerai par un très rapide exposé de la manière d'agir d'alors contre les absents ou les latitants.

§ 3.

Des cautions in jure sistendi et præstanda ab his qui de proprio territorio sibi obnoxios abstrahunt (1).

Sous les premiers empereurs la *cautio in jure sistendi* resta telle que nous l'avons décrite dans le chapitre précédent. Après la création de la *litis denuntiatio* elle cessa d'être un mode d'introduction de l'instance, mais elle subsista comme moyen d'assurer les comparutions futures du défendeur devant le magistrat, et elle devait être donnée quand les parties comparaissaient pour la première fois, *in jure* pendant la fin du système formulaire, *in judicio* lorsque ce système de procédure eut cessé de vivre. Elle n'était toutefois exigée que si le procès ne se terminait pas à la première audience. Plus tard l'époque où cette *cautio* dut être fournie fut changée; on voulut qu'elle assurât la première comparution comme les autres, et on l'exigea dès la remise du libelle pour le défendeur, dès le dépôt de ce même libelle au greffe pour le demandeur, car tous deux y étaient également astreints. La promesse était faite dans les mêmes formes qu'autrefois, seulement c'était maintenant le magistrat qui réglait

(1) Cette dernière *cautio*, qui avait disparu depuis le droit romain, semble vouloir renaître de nos jours. Dans le projet de réforme judiciaire proposé par M. Raoul de la Grosserie, juge au tribunal de Rennes, il est question d'une *cautio judicatum solvi* à exiger d'un demandeur dont la solvabilité peut faire craindre pour le recouvrement des frais exposés pour la défense, et d'une saisie à exécuter sur les biens d'un défendeur en pareille situation, caution et saisie devant être pratiquées ou exigées au début du procès. (*Revue de la Réforme judiciaire*, année 1885, n° 5, p. 542.)

lui-même le montant de la *cautio* ; il l'arbitrait d'après l'objet de la demande.

Dans cette fixation il était soumis à certaines règles : quand l'affaire qui lui était soumise était celle d'un clerc, il ne pouvait exiger du fidéjusseur, fidéjusseur qui ne pouvait être, du moins dans le diocèse de Constantinople, qu'une seule personne, l'économe du diocèse, qu'un engagement ne dépassant pas 15 livres d'or. (Loi 25, § 1, C. 1, 3.) Les *delati*, dans certains cas, *si res ab eis possessæ, vel eorum facultates minores quinquaginta auri libris æstimabantur*, ne pouvaient faire obliger leurs fidéjusseurs pour une plus forte somme ; ils devaient promettre le surplus sous serment. (Loi 7, § 8, C. 10, 11.) Les provinciaux enfin, dans les cas rapportés à la loi sus-indiquée, n'étaient tenus de fournir caution que pour une somme de cinquante livres d'or, et encore seulement dans le cas où ils n'étaient pas possesseurs d'immeubles, en quelle occurrence ils devaient une simple promesse juratoire. (Loi 4, § 1, C. 3, 2.)

Quant aux personnes qui, au lieu d'une promesse garantie par des fidéjusseurs, ne devaient qu'une *nuda repromissio*, une simple promesse, ou une promesse donnée sous la foi du serment ; quant à celles qui ne relevaient que de certaines juridictions, et par conséquent ne pouvaient être partout des *fidejussores idonei*, le nombre en était considérablement augmenté. Les clercs d'abord ne devaient jamais qu'une simple promesse, ou une promesse garantie par fidéjusseurs, mais jamais de promesse juratoire, car les canons leur interdisaient tout serment. Les *illustres*, les *clarissimi*, les *illustrissimi*, à cause de leur dignité et du respect qu'on leur devait, les *militantes in sacris scriniis*, n'étaient assujétis qu'à une promesse juratoire (loi 12,

C. 12, 19. — Loi 17, C. 12, 1); pareille faveur était accordée à tous ceux qui, ne pouvant trouver de fidéjusseurs, appuyaient leur promesse d'un serment fait sur les saintes Ecritures. (Novell. 112, cap. v.)

Enfin les évêques, les prêtres, les diacres, les moines, les religieuses, les diaconesses, jouissaient de nombreux privilèges de *committimus*, souvent ne relevaient que de leurs supérieurs ecclésiastiques, toujours devaient être appelés devant eux avant d'être traduits devant le juge civil (loi 33, Code, 1, 3) (Novel. 123, cap. XXI); ainsi ne pouvaient être dans toute cause des *fidejussores idonei*, qu'en renonçant à leur privilège, et encore, à partir de Justinien, ne purent-ils le faire. (Novell. 123, cap. XXI, cap. VIII). Les colons, les métayers des domaines royaux n'étaient justiciables que du tribunal du *comes domorum*, nous dirons donc d'eux ce que nous venons de dire des clercs.

Telles étaient les modifications apportées à la *cautio in jure sistendi*; pour le surplus, elle était restée ce qu'elle était sous le préteur.

A côté de cette *cautio in jure sistendi*, nous en trouvons une autre, créée par Justinien, et dont nous devons également nous occuper, car elle fait en quelque sorte partie intégrante de notre matière, et y est liée par des liens si étroits qu'on ne peut guère s'occuper de l'une sans s'occuper en même temps de l'autre. Je veux parler de la *cautio præstanda ab his qui de proprio territorio sibi obnoxios abstrahunt*, c'est-à-dire de celle qui doit être exigée de tout demandeur citant un défendeur devant un tribunal autre que celui de son domicile. C'est une modification de la *cautio judicatum solvi*.

On s'était plaint à l'illustre empereur des frais et des

ruines qui suivaient quelquefois les procès quand l'appelé demeurait dans une province éloignée et devait se rendre soit à Constantinople, soit dans toute autre ville éloignée de sa demeure. Le malheureux devait d'abord donner à l'huissier la *cautio judicio sistendi*, lui payer ses épices, généralement assez élevées, sauf pour les prêtres qui bénéficiaient d'un tarif de faveur, enfin faire un long, dangereux et coûteux voyage, et cela peut-être pour entendre dire, une fois arrivé au tribunal, que le procès qu'on lui avait intenté était une pure chicane, qu'on reconnaissait maintenant l'avoir cité à tort, et qu'on n'avait cherché, en agissant ainsi, qu'à lui occasionner un déplacement périlleux et ruineux. De tels événements, paraît-il, arrivaient souvent; de pareils mauvais procédés étaient fréquemment employés par les plaideurs. Le défendeur obtenait bien quelquefois condamnation contre son adversaire pour recouvrer le montant de ses dépenses, mais, lorsque ce dernier était insolvable, ou gagnait son procès, l'infortuné en était pour ses frais; il devait retourner dans son pays, toujours à ses dépens, et, bien souvent, dans ces deux voyages, sa petite fortune y passait tout entière. Justinien voulut parer à ce danger; il prescrivit à tous les magistrats de n'accorder permission de citer devant eux aucun citoyen demeurant dans une province éloignée avant que le demandeur n'eût promis par fidéjusseur ou par serment, en observant d'ailleurs les mêmes règles que pour la *cautio in jure sistendi*, d'indemniser le défendeur de tous ses frais, si lui, demandeur, venait à faire défaut, ou à ne pas triompher dans ses prétentions. (Novell. 58, C. 2, 3.)

Une objection ici se présente : Comment, pourrait-on dire, le cas signalé se présentera-t-il ? La grande règle de la procédure romaine en matière d'assignation n'est-elle

pas : *actor sequitur forum rei* ; dès lors comment comprendre qu'un défendeur puisse être entraîné hors du territoire de son domicile ? La réponse à cette objection est facile à faire. Sous Justinien, la règle *actor sequitur forum rei*, n'est plus sans exception, comme elle l'était autrefois ; dans les questions immobilières, c'était le juge de la situation de l'immeuble qui était compétent, et le propriétaire de cet immeuble pouvait fort bien résider très loin de sa propriété. Ensuite les privilèges de *committimus*, pour employer une expression de notre ancien droit qui rend bien notre idée, étaient nombreux ; les grands personnages n'étaient déjà justiciables que de certains tribunaux supérieurs n'existant qu'à Constantinople, et c'était devant eux qu'ils appelaient leurs adversaires. Voilà les raisons de la création de Justinien.

Je passe maintenant aux *indefensi*. Le progrès n'avait pas été jusqu'à organiser un procédé pour lier une instance avec eux ; la nouvelle conception de l'appel en justice ne s'y opposait plus pourtant, et c'est à l'esprit de routine des Romains qu'il faut attribuer cette lacune. On restait toujours soumis à leur égard aux anciens usages, et l'envoi en possession de leurs biens était toujours la seule consolation donnée à leurs adversaires. Mais des améliorations avaient été apportées à cette procédure. L'envoi en possession n'était prononcé, du moins généralement (loi 53, § 1, D. 42, 1), qu'après que, par trois citations consécutives, séparées par dix jours d'intervalle, l'absent, sur l'ordre du magistrat, avait été invité à paraître en justice. Alors, s'il persistait toujours dans sa contumace, le demandeur était admis à faire la preuve de son droit, ce qui est une nouveauté, et, cette preuve une fois faite, il était envoyé en possession, non plus de tous les biens du défendeur, comme

autrefois, mais seulement de l'immeuble, objet du litige, si le procès se rapportait à un immeuble, d'une quantité de biens représentant la valeur du procès si l'action était une action personnelle (1). (Novell. 53, cap. iv, § 1 ; L. 8, C. 7, 43.)

M. Accarias, dans son *Précis de droit romain* (2), n'admet pas, dans notre espèce, la nécessité de ces trois sommations ; pour lui ces trois sommations ne sont obligatoires que lorsque le défendeur fait défaut après la *litis contestatio*, comme autrefois les trois édits n'avaient lieu que s'il défailait *in judicio*, et nullement *in jure*. Cette manière de voir est plus conforme à l'histoire et à ce qui se passait au temps de la distinction du *jus* et du *judicium*, mais est-elle exacte depuis qu'une nouvelle procédure a remplacé le système formulaire ? Je ne le crois pas et j'adopterai plutôt la doctrine de van Wetter. Les deux lois 7 et 9, au Code (8, 43), qui édictent contre les absents les mesures que nous avons indiquées, ne distinguent pas entre ceux qui sont absents depuis ou avant la *litis contestatio*. La loi 7, § 8 *in fine*, au Code (10, 11), est encore plus décisive ; elle parle de gens qui, après avoir juré de comparaître, font défaut ; ceux-là sont donc bien défailants avant la *litis contestatio* ; eh bien, avant d'envoyer le fisc en possession de leurs biens, les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose veulent qu'on leur fasse trois citations, trois proclamations, *tria proclamata*. Quant aux lois du Digeste, sur lesquelles s'appuie l'auteur allemand, elles ne me paraissent pas décisives, elles se réfèrent toutes en effet à ce qui se passait *in judicio*, et nullement

(1) Van Wetter, *Cours de droit romain*, § 401.

(2) Accarias, tom. II, § 785, n° 5.

à ce qui avait lieu *in jure*. Je sais bien que les mots *in judicio*, *in jure*, sont synonymes au temps de Justinien, et que, quand on parle de choses qui se passent avant le *judicium*, cela doit s'entendre de choses se passant avant toute comparution devant le magistrat, mais il pourrait pourtant se faire qu'elles aient été interprétées comme le fait M. Accarias, voilà pourquoi, tout en les prenant en très forte considération, je ne les crois pas décisives.

J'en ai ainsi fini avec ces absents, et aussi avec ma tâche. Concluons maintenant.

CONCLUSION

Notre étude est terminée. Nous avons vu comment l'*in jus vocatio*, mode d'introduction de l'instance organisé par la loi des Douze Tables, fut bientôt reconnue grossière et insuffisante, et comment, à ce procédé barbare, le préteur substitua une *in jus vocatio* améliorée. Nous avons vu les efforts de ce préteur tendre à écarter définitivement la violence de l'appel en justice, à donner au défendeur le temps de préparer sa défense, à faire respecter les convenances, les usages, la dignité des choses saintes et la famille. Nous avons énuméré les différents moyens employés par lui pour arriver à ce but ; nous avons assisté enfin à la création des derniers perfectionnements reconnus indispensables par les empereurs et apportés par eux à notre matière. Nous

avons fait remarquer en passant que tous ces changements successifs furent dictés aux Romains par un impérieux besoin et par une nécessité dûment constatée.

Pour que ces législateurs, si conservateurs des anciennes mœurs, aient cru devoir changer leurs usages, il a fallu qu'ils y soient forcés, qu'ils reconnussent que les nouvelles règles étaient de l'essence même de la matière, et devaient absolument et indispensablement être observées.

Nous en tirons cette conséquence que les mesures auxquelles ils se sont arrêtés doivent être suivies dans tous les temps et par tous les peuples ; elles sont le résultat d'une expérience de près de mille ans et le fruit du travail, des méditations et du savoir des plus grands jurisconsultes du monde.

Notre assignation, en droit français, présente une analogie frappante avec celle du dernier état du droit romain, sauf quelques modifications permises par l'amélioration des mœurs et le développement de la civilisation.

Quelques novateurs voudraient apporter des réformes à notre procédure sur ce point. Ils voudraient trouver un mode d'introduction des instances plus simple et moins coûteux. Leur intention est louable, mais avant de toucher à des règles aussi vieilles que le droit lui-même, qui ont pour pères des Gaius, des Paul, des Ulpian ou des Justinien, il faut réfléchir longtemps.

Vouloir mieux faire que ces princes de la science juridique, c'est peut-être se montrer bien hardi.

Telle sera ma conclusion.

THÈSE FRANÇAISE

ESSAI

SUR LA COMPARUTION

DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES

ESSAI

SUR LA COMPARUTION

DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES

INTRODUCTION

L'homme est né libre ; théoriquement le champ de son activité ne connaît d'autres bornes que sa volonté ; mais en même temps il est né sociable, et, pour vivre en société, il a dû limiter sa liberté, consentir à sacrifier quelques-uns de ses droits, à en faire hommage à la communauté.

Ces droits que les hommes ont ainsi abandonnés ont été par eux énumérés dans leurs pactes sociaux, dans leurs Constitutions et dans leurs Codes.

Malheureusement l'étendue de l'abandon fait ne se mesure pas toujours au premier coup d'œil ; il est quelquefois assez difficile de s'en rendre un compte immédiat, et tel croira agir dans les bornes de son droit qui réellement en sera sorti. De là les contestations, de là les procès. Quel sera le juge ? car il faut un juge pour ra-

mener tout dans l'ordre, sous peine de voir régner l'anarchie. Ce sera une autorité supérieure aux deux parties en cause, dont les droits sont égaux, et dont par conséquent aucune ne peut imposer sa volonté à l'autre. Cette autorité sera le pouvoir judiciaire, qui se retrouve dans tout Etat civilisé.

Comment s'adresser à ce pouvoir pour lui exposer une doléance, pour lui demander de statuer sur un différend, de prêter à une manière de voir la force de son autorité, et l'appui de son bras ? Comment l'éclairer sur une décision qu'il va rendre et l'empêcher de sacrifier des droits, légitimes et bien établis, aux prétentions exagérées d'un adversaire ? De toute nécessité il faudra venir devant lui pour lui exposer soit les motifs de la demande, soit ceux de la résistance. Autrement comment pourrait-il connaître d'un procès ?

Cette démarche du justiciable se présentant devant le juge est ce qu'on appelle la comparution en justice. « *La comparution*, disaient déjà les jurisconsultes de l'ancienne France, *est l'acte de celui qui se présente en justice* (1). » Le dictionnaire de l'Académie donne la même définition (2).

Telle est l'acception large, générale du mot comparution.

A côté de cette acception, il faut en signaler une autre plus étroite, plus technique, et dans laquelle comparaitre signifie constituer avoué. « *Comparaitre veut dire constituer avoué, faire choix d'un avoué dans les délais d'ajournement, et notifier cette constitution au demandeur, »*

(1) Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, v^o *Comparution*.

(2) Voy. Dictionnaire de l'Académie, v^o *Comparaitre*.

peut-on lire dans le dictionnaire de Littré (1). C'est dans ce sens restreint que les auteurs juridiques emploient toujours ce mot. Pour eux, « comparaître c'est constituer avoué (2). » Le Code du reste a suivi leur exemple, et, dans plusieurs articles, a employé la locution *constituer avoué*, comme synonyme de *comparaître*.

On le comprend, cette dernière définition de la comparution ne saurait être la seule admise dans un travail où l'on se propose d'étudier non-seulement la comparution devant les tribunaux où le ministère des avoués est admis, mais encore devant les autres tribunaux, tels que les justices de paix, les conseils de prud'hommes, les tribunaux de commerce, devant lesquels la comparution est essentiellement personnelle. Comparaitre, devant ces tribunaux, ne saurait se définir *constituer avoué*, puisqu'auprès d'eux n'existent point de pareils officiers ministériels.

Nous donnerons donc de la comparution en justice la définition qu'en donnait déjà Guyot dans l'ancien droit, et celle qu'en donne encore aujourd'hui le dictionnaire de l'Académie. Quant à la comparution telle que l'entendent Littré et les jurisconsultes classiques, nous la considérerons comme l'un des épisodes de la comparution devant les tribunaux où l'on ne postule que par avoué, et nous en parlerons à ce propos.

(1) Voir Littré, Dictionnaire, v^o *Comparaître*.

(2) *Leçons de Procédure civile* de Boitard, Colmet d'Aage et Glasson, t. I, p. 194. On y lit ceci : Comparaitre devant le tribunal, dans le langage de la procédure, dans le sens d'un exploit d'ajournement, ce n'est pas venir en personne à l'audience indiquée, ce n'est pas même y présenter un avoué ou un avocat qui y viennent, l'un pour conclure, l'autre pour plaider ; comparaître dans la huitaine, d'après le sens que l'usage et la loi donnent à ce mot, veut dire constituer avoué, faire choix d'un avoué dans les délais de l'ajournement et notifier cette constitution au demandeur.

Sachant maintenant ce que c'est que comparaître, recherchons comment le législateur a réglementé et organisé cette partie de la procédure, ce premier acte de tout débat judiciaire.

Des règles en effet sont nécessaires. On ne va pas frapper à la porte d'un tribunal comme à la porte d'un simple particulier, on ne doit pas pouvoir y aller. La justice, qui doit en imposer aux justiciables parce qu'elle est un pouvoir, qu'elle est appelée à leur commander, qu'elle doit être obéie, et qu'on n'est obéi que par ce qui se sent et surtout se voit votre inférieur, doit être entourée, pour prouver sa supériorité, d'un certain appareil qui commande le respect. Sa dignité doit toujours être sauvegardée, et on ne doit venir devant elle qu'avec des marques de déférence.

On comprend donc des règles de forme pour la comparaison en justice ; on comprend aussi des règles de fond.

Le temps d'un tribunal est précieux ; un plaideur ne doit pas, par suite, pouvoir l'occuper inutilement par un débat stérile. Or tout débat qui aurait lieu hors de la présence de l'adversaire, ou lui étant présent, mais n'ayant pas été suffisamment tôt prévenu de la réclamation qu'on lui adresse, et n'ayant pu préparer ses moyens de défense, est un débat stérile. Il est donc juste qu'avant d'écouter un plaideur, on exige de lui qu'il mette son adversaire à même de se rencontrer avec lui et de contredire utilement ses prétentions.

Tout le monde doit être admis à comparaître parce que la justice est due à tous également ; mais tout le monde doit-il comparaître de la même façon ? Evidemment non, et le législateur sur ce point encore a dû intervenir. L'âge,

le sexe, les infirmités peuvent être pour un plaideur, vis-à-vis de celui qu'il combat, des causes d'infériorité, qui s'opposeraient à l'administration d'une bonne justice. Il a donc fallu imposer à ces gens l'obligation de ne se présenter au prétoire que représentés ou assistés par des personnes plus capables, chargées de les relever de leur infériorité.

Une absence forcée, un éloignement considérable du siège du tribunal causerait dans bien des cas la perte de nos droits si nous ne pouvions les faire valoir par un mandataire, chargé de parler pour nous aux magistrats. Toujours il peut être utile d'être assisté d'un homme savant, versé dans la connaissance du droit, qui aidera son client de ses conseils et de ses lumières. Cette représentation judiciaire, cette assistance des avocats sont des nécessités d'ordre social.

Mais si tout justiciable doit être écouté dans sa propre cause, on conçoit qu'il n'en soit plus de même quand il s'agit d'entendre un mandataire, et surtout un conseil. La raison de la présence de ces gens à la barre est leur honnêteté et leur capacité. On comprend donc qu'on exige d'eux des garanties de savoir et de moralité, et que, sur ce point comme sur les précédents, le législateur ait eu à intervenir.

Ayant ainsi reconnu la nécessité, dans toute législation bien faite, de règles relatives à la comparution, nous allons rechercher comment cette matière est actuellement réglementée dans notre droit.

Notre première étude portera sur la capacité requise pour comparaître. Nous verrons qui peut comparaître, si ceux qui peuvent le faire doivent venir en personne à l'audience, ou s'ils peuvent s'y faire représenter par des

mandataires ; nous examinerons quels peuvent être, dans ce cas, ces mandataires. Ce sera l'objet d'un premier chapitre.

Nous étudierons ensuite comment on comparait. Nous découvrirons qu'en France il y a deux grands modes distincts de comparution : la comparution personnelle, que l'on rencontre dans les justices de paix, les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes, et la comparution par avoué, qui est celle employée devant les tribunaux d'arrondissement, les Cours d'appel et la Cour de cassation. Nous diviserons nos explications en trois chapitres ; dans l'un nous parlerons de la comparution par avoué, dans l'autre de la comparution personnelle, dans le dernier enfin nous exposerons les règles communes à ces deux comparutions.

Nous terminerons notre travail par un cinquième chapitre où nous traiterons de la comparution devant le juge conciliateur, comparution soumise à des règles spéciales.

CHAPITRE PREMIER

SECTION I. — Aptitude à comparaître des Français, des étrangers, des Sociétés anonymes étrangères.

SECTION II. — Possibilité de comparaître par mandataire. Règle : Nul ne plaide par procureur. Conditions exigées des mandataires.

SECTION III. — Des incapacités de comparaître personnellement.

SECTION I.

Aptitude à comparaître des Français, des étrangers, des Sociétés anonymes étrangères.

§ 1.

Rechercher quelles personnes sont admises à se présenter devant les tribunaux français pour leur réclamer justice, à comparaître en un mot, tel est le but de cette section.

Pour les Français d'abord, qu'ils soient personnes naturelles ou personnes morales, la question ne saurait souffrir le moindre doute. Ils sont tous égaux devant la loi ; ils sont soumis aux mêmes obligations, ils paient les

mêmes impôts; vis-à-vis de chacun d'eux l'Etat s'est engagé à le protéger, à le défendre, à lui faire rendre justice, il ne saurait donc leur refuser son appui. Il a pu entourer la comparution de quelques-uns d'entre eux de certaines formalités destinées à la rendre plus efficace et moins dangereuse, mais là s'est forcément borné son rôle.

§ 2.

Pour les étrangers, la question est beaucoup plus délicate. On comprendrait fort bien que l'accès des tribunaux français leur fût interdit. Ils ne participent pas aux charges du pays, ils ne contribuent pas au paiement des frais de l'organisation judiciaire; pourquoi bénéficieraient-ils des avantages procurés par l'Etat à ses nationaux? Néanmoins cette théorie n'a jamais été admise dans toute sa rigueur, et voici quel est actuellement sur ce point l'état de la législation :

Les articles 14 et 15 du Code civil permettent formellement aux étrangers de comparaître, en qualité de demandeurs ou de défendeurs, quand leurs adversaires sont des Français. On a toujours, et avec raison, considéré ce droit comme aussi utile à nos nationaux qu'aux étrangers. Par la sécurité qu'il assure à ceux-ci, il les engage à venir commercer et trafiquer en France.

Ces mêmes étrangers peuvent-ils comparaître, amenés à la barre par d'autres étrangers? Le point est plus douteux. Notre ancienne jurisprudence établissait une distinction entre les étrangers ayant leur domicile sur le territoire français, et les étrangers domiciliés hors de France. Les uns pouvaient, au témoignage de Merlin, être

actionnés, même par des étrangers, devant nos tribunaux ; les autres devaient être recherchés devant les juges étrangers de leur domicile. L'incompétence de la justice française à l'égard de ces derniers dérivait de la règle *actor sequitur forum rei*. Encore subissait-elle plusieurs exceptions. C'est ainsi, notamment, qu'en matière réelle immobilière le tribunal français de la situation du bien litigieux était compétent entre étrangers. Les juges français pouvaient aussi connaître de certaines contestations commerciales et des réclamations formées par un étranger contre un autre étranger à raison d'un fait légalement punissable commis en France (1).

Rien, ni dans les travaux préparatoires, ni dans le texte du Code civil ou du Code de procédure civile, ne rappelle expressément la doctrine de notre ancien droit ; on n'y trouve aucune règle établissant avec certitude la compétence ou l'incompétence des tribunaux français au regard des étrangers. La jurisprudence seule fait loi en cette matière, et, des très nombreux jugements et arrêts rendus dans l'espèce, résulte, à peu près, la doctrine suivante :

Les tribunaux français sont en principe incompétents pour juger des étrangers entre eux, sans toutefois que cette incompétence soit d'ordre public, et que les tribunaux ne puissent pas, s'ils le veulent, examiner l'affaire. La justice, dit-on, n'est due qu'aux nationaux ; puis, ajoute-t-on, les contestations entre étrangers donnent lieu très souvent à l'application de lois étrangères, soit qu'il s'agisse d'apprécier la capacité requise pour tel ou tel acte chez un étranger, soit qu'il s'agisse d'interpréter les faits juridiques auxquels il a pris part ; or ne convient-il pas

(1) Voy. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, t. VIII, v^o *Etranger*.

que les lois d'un Etat soient appliquées par les magistrats de cet Etat, et va-t-on forcer les tribunaux français à connaître toutes les législations, au besoin la législation chinoise? Cela n'est pas possible. Nos tribunaux sont assez occupés par les contribuables qui les paient, et on ne peut retarder la solution de leurs procès par l'examen des affaires des étrangers.

La jurisprudence pourtant apporte quelques tempéraments à cette règle. Les étrangers admis à domicile en France, ceux auxquels un traité diplomatique a accordé le libre accès des tribunaux, ceux qui exercent contre un autre étranger une action dérivant d'un délit ou d'un quasi-délit commis en France, ou une action commerciale, ou une action relative à des immeubles français, sont par elle reçus à comparaître. Peut également le faire l'étranger appelé en garantie par un autre étranger, ou intervenant dans une instance pendante entre un Français et un étranger (1).

Tous les auteurs ne professent pas la même théorie. M. Weiss, en particulier, enseigne la possibilité pour l'étranger de comparaître devant nos tribunaux afin de leur demander justice contre un autre étranger. Écoutons la justification de ce système, auquel nous nous rallions pleinement :

« Est-il vrai, comme les tribunaux le répètent à l'envi,
» qu'en France la justice ne soit due qu'aux nationaux, et
» ne puisse être réclamée par des plaideurs étrangers que
» dans le cas où l'intérêt de l'Etat français exige qu'ils soient

(1) Voy. à ce sujet les nombreux éléments de jurisprudence qui ont fondé cette doctrine rapportés dans l'ouvrage de M. Weiss, *Traité de droit international privé*, p. 924.

» écoutés ? Mais cet intérêt n'existe-t-il pas dans tous les
» cas ? La prospérité nationale et la sécurité publique veulent que la justice règne dans toute l'étendue du territoire ; le bon ordre disparaîtrait le jour où les droits des étrangers qui habitent au milieu de nous pourraient être impunément compromis et violés. D'ailleurs, le déni de justice, dont les étrangers seraient victimes en France, provoquerait souvent, de la part des autres nations, des mesures de rétorsion, par lesquelles seraient mis en péril les droits et les intérêts de nos nationaux expatriés. (Bonfils, n° 193. — Laurent, *Principes de droit civil*, tome I, p. 549.) Mais quand même l'intérêt évident de la France ne serait pas d'ouvrir toutes grandes les portes de ses tribunaux aux plaideurs étrangers, le système que nous avons proposé sur leur admission à la jouissance des droits privés nous obligerait encore à leur permettre d'ester en justice en France (1).

» Il est impossible, en effet, de voir dans cette faculté un droit civil réservé à nos nationaux et, dans les articles 14 et 15 du Code civil, les vestiges d'une exclusion. Etrange droit civil d'ailleurs que celui dont il serait permis à l'étranger de s'attribuer de lui-même le bénéfice en n'opposant pas l'incompétence du tribunal français, si ce dernier consent à connaître du litige engagé. Enfin, si les textes n'obligent pas le juge français à se déclarer incompétent lorsque la contestation dont il est saisi n'intéresse que des étrangers, nous pouvons ajouter que l'équité la plus élémentaire le lui défend. La loi, en effet, reconnaît aux étrangers certains

(1) Voy. le même, p. 355 et s.

» droits plus ou moins étendus dont l'action en justice peut
» seule assurer l'efficacité. Ne serait-ce pas les leur repren-
» dre, les réduire à une vaine formule que d'interdire à
» leurs titulaires de les faire valoir judiciairement? Le droit
» d'ester devant les tribunaux est un droit naturel, c'est
» un droit de l'homme et non du citoyen.

» Dira-t-on que l'application d'une loi étrangère ne peut
» être le fait d'un juge français, qui souvent en ignore
» les dispositions? Les idées qui prévalent aujourd'hui en
» droit international privé condamnent cette objection,
» qui ne tendrait à rien moins qu'à défendre dans tous
» les cas à nos tribunaux de baser leurs sentences sur
» une loi promulguée hors de nos frontières. Les contes-
» tations entre Français et étrangers, pour lesquelles les
» articles 14 et 15 du Code civil attribuent cependant une
» compétence générale aux tribunaux français, celles
» entre étrangers admis à domicile, leur échapperaient le
» plus souvent, car il sera bien rare que les dispositions
» d'une loi étrangère n'y soient invoquées, et les excep-
» tions par lesquelles la jurisprudence elle-même tempère
» les conséquences excessives de sa doctrine ne se com-
» prendraient pas. Les partisans de l'incompétence dé-
» placent le champ de la discussion. Il ne s'agit pas de
» savoir quelle législation devra être appliquée aux plai-
» deurs, mais de rechercher quel tribunal aura qualité
» pour leur en faire application, dans les limites de l'ordre
» public international français. Remarquons-le d'ailleurs,
» l'argument, s'il était fondé, conduirait à refuser à nos
» juridictions le droit de statuer sur la validité des actes
» passés par nos nationaux hors de France, dans les for-
» mes prescrites par la loi étrangère, conformément à la
» règle *locus regit actum*. Les articles 47, 170, 999

» du Code civil protestent contre une semblable conséquence.

» Enfin, si l'on allègue que l'incompétence des tribunaux français doit être admise parce que la connaissance des contestations entre étrangers leur prendrait un temps précieux, au grand détriment des intérêts de nos nationaux, nous répondrons avec un éminent magistrat, M. Féraud-Giraud, qu'une semblable raison, d'ordre purement matériel, ne peut être décisive. Si nos tribunaux sont surchargés, qu'on en augmente le nombre, qu'on en multiplie les chambres, mais qu'on ne vienne pas arguer de leur insuffisance numérique pour justifier un déni de justice.

» Concluons donc que le droit d'ester devant nos tribunaux appartient aux étrangers comme aux Français; que ces tribunaux sont tenus de connaître de leurs différends dans tous les cas où ils seraient compétents pour statuer entre Français, aux termes des lois françaises sur la compétence, des articles 59 et 420 du Code de procédure civile, en toute matière, soit qu'il s'agisse d'une question d'état, d'une nullité de mariage, d'une séparation de corps ou de biens, d'un divorce, d'une déclaration d'absence, d'une contestation relative au patrimoine, d'une succession ouverte en France ou d'une déclaration de faillite.

» Et s'il en est ainsi pour les étrangers appartenant à un Etat déterminé, notre solution s'impose à plus forte raison pour ceux dont la nationalité est incertaine, qui, ayant abdiqué leur patrie d'origine, n'ont pas acquis la qualité de Français. Pour eux en effet l'incompétence du tribunal français aurait les plus désastreux effets, puisque, étrangers partout, ils n'ont plus de juridiction

» nationale devant laquelle ils puissent porter leurs griefs.
» Ils seraient donc dans la situation de parias, hors la loi
» et la justice (1). »

Ainsi, en résumé, un Français peut appeler un étranger devant un tribunal français, un étranger peut y appeler un Français, deux étrangers peuvent s'y appeler réciproquement, et toutes ces personnes peuvent y comparaître.

Je n'ai pas à entrer ici dans les longues et difficiles discussions qui ont pour but de savoir dans quelles actions on peut procéder de la sorte, et si, dans toutes les actions, les étrangers peuvent citer ou être cités ; ce sont là des questions de compétence en dehors de notre sujet. Pour nous, nous n'avons qu'à constater une chose, la possibilité pour les étrangers de comparaître.

Cependant tous les étrangers, sans exception, peuvent-ils ester en justice, sont-ils admis à le faire ?

§ 3.

Une distinction doit être faite entre les personnes naturelles et les personnes morales. Cette distinction n'existe pas pour les Français. Qu'ils soient personnes naturelles ou personnes morales, ils ont les mêmes droits à comparaître, ayant les mêmes droits à faire respecter, et les mêmes droits à l'existence. Il n'en est plus de même des étrangers. La doctrine reconnaît aux étrangers, personnes naturelles, le droit de comparaître devant nos tribunaux,

(1) La jurisprudence, sur ce dernier point, s'est maintenant rangée à cet avis ; Elle reconnaît à ces individus la capacité d'ester devant nos tribunaux.

elle le refuse dans certains cas aux étrangers, personnes morales, du moins à certains d'entre eux, je veux parler des sociétés anonymes étrangères. Elle leur conteste le droit de plaider en France contre des Français, en prétendant que leur existence légale cesse à la frontière si elles n'ont pas reçu de notre gouvernement une autorisation spéciale. N'existant pas aux yeux de la loi, elles ne sauraient plaider.

Cette nécessité de l'autorisation du gouvernement, dit-elle, est une nécessité d'ordre public. « L'ordre public, » disait Cambacérès, est intéressé dans toute société qui » se forme par actions, parce que, trop souvent, ces » entreprises ne sont qu'un piège tendu à la crédulité des » citoyens (1). » Si donc les sociétés françaises ne sauraient s'en passer, à plus forte raison les sociétés étrangères, sur le compte desquelles on est encore moins renseigné, et vis-à-vis desquelles on est plus désarmé. L'ordre public étant en jeu, on ne saurait prétendre que la loi personnelle de leur pays doive les suivre à l'étranger ; nous savons qu'en matière de droit international privé, les lois personnelles ne suivent à l'étranger leurs nationaux que si elles ne sont pas en conflit avec les lois d'ordre public du pays où ils se rendent. Ainsi on ne saurait reconnaître l'existence légale d'une société anonyme étrangère qui n'aurait point été reconnue en France, et, par conséquent, lui reconnaître le droit de plaider (2).

La jurisprudence ne partagea pas toujours cette opinion. Jusqu'à la loi du 30 mai 1857, elle considéra comme

(1) Locré, tome XVII, p. 192.

(2) Gerbaut, *Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 22. — Bonfils, n° 109. — Aubry et Rau, tome VIII, § 748 bis.

bonnes et suffisantes les garanties acceptées par les gouvernements étrangers, et admit les sociétés anonymes à plaider devant nos tribunaux, sans exiger d'elles l'autorisation du gouvernement français. Il fallut cette loi pour la ramener à une plus saine appréciation des principes. Ce texte législatif accordait la faculté d'ester en justice en France aux sociétés anonymes belges, dûment autorisées dans ce pays. C'était donc, par *a contrario*, qu'auparavant ces sociétés n'avaient pas ce droit, et que les sociétés anonymes des autres nations ne l'avaient pas encore, à moins qu'un décret, rendu en Conseil d'Etat, n'ait étendu à leur pays le privilège accordé à la Belgique, ce que permettait de faire l'art. 2 de la loi précitée. Ce point maintenant ne fait plus de doute pour personne.

Mais si les sociétés anonymes étrangères ne sauraient, en règle générale, ester en France comme demanderesses, en sera-t-il de même quand elles auront à comparaître comme défenderesses ? Logiquement, je n'hésite pas à dire oui. Pourquoi ne leur permet-on pas de comparaître comme demanderesses ? Parce qu'elles n'existent pas aux yeux de la loi, que la loi se refuse à les prendre en considération, à en faire des êtres vivants. Si ces sociétés n'existent pas en France, comment concevoir qu'elles puissent y être défenderesses ? Pour ma part, je ne le conçois pas, et pourtant je suis seul de mon avis. M. Gerbaut, un partisan cependant de l'inexistence de la société anonyme étrangère demanderessse, reconnaît la société anonyme étrangère défenderesse.

» De telles sociétés, dit-il, n'ont pas sans doute une
» existence légale en France ; elles ne forment pas des
» personnes civiles capables d'actionner en justice et de

» faire valoir leurs droits devant les tribunaux français,
» mais l'impossibilité de se présenter comme demande-
» resse, en qualité de personne morale, n'entraîne pas
» nécessairement l'impossibilité de comparaître comme
» défenderesse en tant qu'association de fait. Elles ne peu-
» vent agir en France puisqu'elles ne forment pas des
» êtres distincts de leurs membres aux yeux de la loi
» française. Si elles le pouvaient, il n'y aurait plus de dif-
» férence réelle entre elles et les sociétés étrangères qui
» ont été dûment autorisées. Mais d'un autre côté, en ne
» se munissant pas de l'autorisation du gouvernement
» français, elles ont commis une négligence qui ne saurait,
» sans injustice, les soustraire à l'exécution de leurs obli-
» gations; autrement ce serait retourner contre les Fran-
» çais les garanties que la loi a prises en leur faveur; ce
» serait aboutir à cette conséquence étrange qu'une société
» aurait pu exister en fait pour s'obliger envers des Fran-
» çais, mais qu'elle deviendrait tout à coup une ombre
» insaisissable quand il s'agirait de la contraindre à exé-
» cuter les obligations résultant de ses contrats, de ses
» délits ou quasi-délits. »

Je ne me dissimule pas la réelle valeur des arguments invoqués, néanmoins je ne puis me figurer une société, qui ne serait en réalité en France qu'« une ombre insaisissable, » comme le dit M. Gerbaut, sans existence et sans forme, étant en justice. Certes la situation des Français qui auront traité avec cette ombre sera regrettable, mais ils ne devront s'en prendre qu'à eux-mêmes. En traitant avec de pareilles sociétés, considérées comme contraires à l'ordre public français, ils savaient ce à quoi ils s'exposaient. Ils ont presque attenté à cet ordre public; ils ont voulu imposer à leur pays une société que celui-ci ne vou-

ne peut pas reconnaître, dont il leur recommandait de se méfier, qui avait bravé ses lois ; méritent-ils bien dès lors d'être protégés ? J'ajoute que, devant la justice, la situation des deux parties en cause doit être égale, autant que possible. Or le serait-elle dans l'espèce vis-à-vis de cette société étrangère, qui ne pourrait pour sa défense former aucune demande reconventionnelle, qu'on pourrait condamner à respecter ses engagements, qui ne pourrait faire condamner les autres à respecter les leurs envers elle ?

Comment, du reste, assigner cette société ? Faudra-t-il adresser un exploit à chacun de ses membres ? Ils sont inconnus. Faudra-t-il assigner simplement son représentant ? Ne sera-ce pas alors reconnaître son existence ? Nous serons dans cette situation : nous trouverons en face de nous une personne reconnue quand on l'attaque, méconnue quand elle demande protection. Est-ce admissible ? Soyons plus logiques, et refusons complètement à toutes ces sociétés le droit de paraître, à un titre quelconque, dans nos prétoires.

SECTION II.

Possibilité de comparaître par mandataire. Règle : *Nul ne plaide par procureur*. Conditions exigées des mandataires.

§ 1.

La section précédente nous a fait connaître les personnes qui peuvent comparaître devant la justice française. Ces personnes, ayant à demander aide et protection à nos tribunaux, peuvent aller frapper à leur porte ;

pourvu qu'elles observent les formalités prescrites en pareil cas, et dont nous aurons à parler plus tard, elles seront reçues et écoutées.

Mais il peut se faire qu'au moment où elles auront besoin de s'adresser ainsi à nos juges, elles soient retenues loin d'eux par un intérêt supérieur, ou un événement imprévu, une maladie, un long et lointain voyage, une tempête, une inondation, une invasion ; que sais-je ? Seront-elles alors exposées à voir leurs droits menacés par leur absence ? Ne pourront-elles pas se faire représenter par un mandataire, qui comparaitra pour elles, viendra défendre leur cause à la barre ?

Il peut arriver également qu'un plaideur, à cause de son ignorance des lois, de son embarras à exprimer nettement ses sentiments et ses pensées, de sa crainte de ne pouvoir apporter dans la discussion tout le calme, toute la modération, toute l'attention que réclame un débat judiciaire, préfère confier la direction de son procès à un homme versé dans la science du droit et habitué aux luttes oratoires. Il peut arriver qu'il veuille charger cet homme d'aller à sa place au tribunal. Pourra-t-il le faire ?

Il semble qu'énoncer de pareilles propositions, c'est en même temps les résoudre, tant la nécessité de pouvoir comparaître par procureur apparaît à l'esprit de tous.

Cette nécessité ne fut pas pourtant toujours reconnue. Aux premiers temps de Rome, la comparution devait forcément être personnelle. *Nemo alieno nomine lege agere potest*, disait le vieux droit, et il n'y avait que de très rares exceptions à cette règle, *pro populo*, *pro tutela*, *pro libertate*, *pro lege Hostilia*. On n'admit que plus tard les *cognitores* et les *procuratores ad litem* à plaider, *alieno*

nomine (1), mais ils arrivèrent à pouvoir comparaître en leur nom propre pour leur mandant. L'*intentio* de la formule était rédigée en leur nom, la *condemnatio*, seule, l'était au nom du mandant. Les Romains arrivèrent ainsi à réaliser complètement ce progrès, la représentation judiciaire (2).

Comment, dans notre ancien droit, envisageait-on la question ? Les jurisconsultes de la vieille France sentaient bien la nécessité d'admettre la représentation judiciaire, seulement ils éprouvaient des scrupules. Au moment où ils écrivaient, on venait de retrouver le droit romain ; on était plein d'admiration pour ce chef-d'œuvre du bon sens et de la raison ; violer le moindre de ses préceptes eût été commettre une hérésie ; personne n'eût eu pareille audace. Or il leur semblait que le droit romain proscrivait pareil mandat. Ils se souvenaient toujours de cette règle qu'ils y avaient rencontrée : *Nemo alieno nomine lege agere potest*. Sans s'occuper de l'époque à laquelle elle se référerait, sans se demander si plus tard elle n'avait point été abrogée, ils la considéraient comme un des principes fondamentaux du droit.

Ils ne permirent donc point la représentation judiciaire ; ils ne la bannirent pas non plus. Ils adoptèrent un système mixte. Un tiers put venir pour autrui devant les tribunaux, il put faire pour un autre tous les actes que nécessite la procédure ; mais, en ce faisant, il ne devait pas agir en son nom personnel ; il devait toujours se présenter au nom de son mandant ; dans tous les actes il devait

(1) Justinien, Inst. lib. IV, tit. x. *Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine, aut alieno ; alieno, velut procuratorio, etc.*

(2) Voir à ce sujet Accarias, *Précis de droit romain*, tom. II, n° 930.

indiquer sa qualité. Il agissait bien en fait, en droit le mandant était encore réputé agir par l'organe de son mandataire ; c'était ce dernier qui était partie au procès. De la sorte, la règle, *nemo alieno nomine lege agere potest*, était respectée. Cette théorie se résumait dans la maxime : *Nul ne plaide par procureur*, maxime qui ne recevait que peu d'exceptions. Devant les justices royales, le Roi et la Reine plaidaient par procureur ; devant les justices seigneuriales, le Seigneur justicier jouissait du même privilège.

Arrivons à la législation actuelle.

Généralement, on comparait soi-même, on fait soi-même les démarches nécessaires pour saisir la justice de son différend. On peut aussi, si on le préfère, comparaître par un mandataire, charger un tiers de faire ces démarches dont nous venons de parler. Le mandat, en effet, peut avoir un objet quelconque, pourvu qu'il soit licite, et il n'y a rien d'illicite à s'occuper pour un autre de la direction d'un procès. « On peut plaider soi-même, » on peut le faire aussi par mandataire. On peut se substituer un mandataire, chargé de surveiller le procès et de se mettre en rapport avec les officiers ministériels dont l'intermédiaire est obligatoire, écrit M. Garsonnet dans son *Précis de procédure civile* (1). » Le Code du reste, le dit formellement dans plusieurs articles. (Code de proc. civ. art. 9. — Code de com. art. 627. — Avis du Conseil d'Etat du 20 février 1810, portant règlement sur les conseils de prud'hommes, art. 29) (2).

(1) Garsonnet, *Précis de procédure civile*, tome I, p. 215.

(2) Art. 9. « Au jour fixé par la citation ou convenu entre les parties, elles comparaitront en personne ou par leurs fondés de pouvoir. » Art. 627. « Dans les causes portées devant les tribunaux de commerce, aucun huissier ne pourra représenter les parties, etc. » Donc d'autres que les huissiers peuvent le faire.

§ 2.

Dans ce cas une règle doit être observée, règle empruntée par la nouvelle jurisprudence à l'ancienne, la règle *nul ne plaide par procureur*. La routine, la force de l'habitude, la confiance aveugle que l'on avait dans les anciens jurisconsultes, et qui fit croire avec eux au principe de la non-représentation judiciaire, la firent passer dans notre droit. On ne lui reconnaît plus, par exemple, qu'une portée purement formaliste. Son seul effet est d'allonger la manière dont le mandataire sera désigné dans les actes; au lieu d'y paraître avec son simple nom, comme les *procuratores ad litem* romains le faisaient en empruntant la formule Rutilienne, il sera obligé d'ajouter à ce nom sa qualité de mandataire de Primus. Le nombre des significations à faire sera aussi quelquefois augmenté, quand le mandataire représentera plusieurs intéressés, et ce n'est point là un résultat à louer à une époque où l'on cherche par tous les moyens possibles à diminuer les frais de procédure (1).

On n'interprète plus autrement cette fameuse maxime; on ne la considère plus comme prohibant le mandat *ad litem*, comme elle semble le faire au premier abord. Voici comment la commente M. Garsonnet : « Elle signifie que nul ne peut se faire représenter par un manda-

(1) A une certaine époque même on poussait le formalisme si loin que des auteurs ont soutenu qu'un exploit signifié à la requête de X, mandataire de Z, était nul, comme ne respectant pas la règle : Nul ne plaide par procureur. Ces auteurs soutenaient que la rédaction de l'exploit ou de l'acte devait être ainsi faite : au nom de Y agissant par X, son mandataire. Mais le bon sens public eut vite fait raison de cette théorie. (V. Glasson, *Leçons de procédure civile*, tome I, p. 150.)

» taire qui figurerait seul dans l'instance, et que le
» mandant doit toujours être en nom dans les actes de la
» procédure et dans la rédaction du jugement. On ne
» plaide donc pas par procureur : 1^o en emprun-
» tant le ministère d'un avoué, car celui-ci ne se présente
» qu'au nom de son client, pour ou contre qui le juge-
» ment sera rendu ; 2^o en se substituant un mandataire,
» pourvu que ce dernier n'agisse pas en son nom, mais au
» nom de son mandant. On plaide au contraire par pro-
» cureur quand on se fait représenter par un mandataire
» qui agit en son nom propre, ou qu'une réunion ou
» association sans personnalité morale, ni aptitude à se
» faire représenter en justice (syndicat de propriétaires,
» société de secours, association de médecins, orphéon,
» compagnie de sapeurs-pompiers, cercle artistique ou
» littéraire), plaide par l'intermédiaire d'un de ses mem-
» bres, qui agit tant pour son compte que pour celui
» des autres. Il faut, dans le premier cas, que les actes
» soient faits à la requête de Primus, agissant par Se-
» cundus, son fondé de pouvoir, ou à la requête de
» Secundus, agissant comme fondé de pouvoir de Primus ;
» dans le second cas, que chacun des intéressés soit
» en nom dans les actes de la procédure, et ne soit pas
» désigné par cette expression vague, à la requête de
» Primus et consorts (1). »

En même temps qu'il la commente, M. Garsonnet l'at-
taque : « Il est difficile, dit-il, d'apporter un motif solide
» à l'appui de cette maxime, et de prouver qu'elle ré-
» ponde à un besoin réel. L'obligation de plaider en per-
» sonne a paru naturelle à toutes les législations primi-

(1) Garsonnet, *Précis de procédure civile*, tome I, p. 215.

» tives; c'était l'application aux matières judiciaires du
» principe de la non-représentation ; mais quand le minis-
» tère des procureurs a été admis, pourquoi n'avoir pas
» établi en même temps qu'un mandataire pourrait plaider
» en son nom ? N'est-il pas singulier de voir le droit fran-
» çais plus formaliste en cela que le droit romain, qui
» avait fini par admettre les *procuratores ad litem* à agir
» en leur nom propre, aussi bien qu'au nom de leur
» mandant. On a fait observer que l'impossibilité pour
» plusieurs personnes d'agir en commun par procureur
» présente un intérêt fiscal, parce qu'elle oblige à signi-
» fier chacun des actes de la procédure autant de fois qu'il
» y a de parties en cause ; mais il est peu vraisemblable
» qu'en établissant cette règle, on se soit proposé un
» objet aussi restreint. On a prétendu que l'intervention
» de mandataires, qui font profession de plaider pour
» autrui, et s'efforcent d'étendre le cercle de leurs affaires,
» en dissuadant leurs clients de transiger, multiplie les
» procès, et rend plus difficile le rapprochement des par-
» ties ; mais l'emploi d'un mandataire qui agit au nom du
» mandant est licite, et il offre évidemment le même
» danger. On a dit ensuite que la présence d'un manda-
» taire qui agit en son nom entrave la procédure en
» jetant l'incertitude sur la personne à laquelle doivent
» s'adresser les significations, et enlève au défendeur des
» moyens de défense qu'il eût pu opposer au mandant,
» s'il eût su l'avoir pour adversaire ; mais il est difficile
» d'admettre que le défendeur ignore en fait qui l'ac-
» tionne, et, dans tous les cas, la substitution licite d'un
» prête-nom au véritable ayant droit, présente le même
» inconvénient (1). »

(1) Garsonnet, *loc. cit.*

Il n'y a rien à ajouter à cette critique, à laquelle on ne peut que s'associer.

Une question se pose. Cette règle, purement formaliste, existe-t-elle réellement dans notre droit actuel ? On a essayé de le contester. On a dit : elle n'est écrite dans aucun article du Code de procédure, et elle ne peut s'appuyer sur la tradition puisque, aux termes de l'article 1041 de ce Code, toutes les lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile, sont abrogés.

L'autorité de cette règle résulte cependant, par un argument *a contrario* très formel, de trois lois qui, en y dérogeant expressément, prouvent qu'elle existe : 1^o celle du 8 novembre 1814, sur la dotation de la couronne, qui porte, art. 14 : « Le ministre de la maison du Roi, ou l'intendant » par lui commis, exerce les actions judiciaires du Roi, et » c'est contre lui que toutes les actions à la charge du Roi » sont intentées, et les jugements prononcés. » C'est la consécration de l'exception qui existait déjà dans notre ancien droit en faveur du Roi ou de la Reine, devant les justices royales, du Seigneur justicier devant les justices seigneuriales ; 2^o celle du 21 mai 1865, qui permet aux associations syndicales, libres ou autorisées, d'ester en justice par leurs syndics ; 3^o celle du 24 juillet 1867, qui autorise les sociétés à capital variable à se faire représenter en justice par leurs administrateurs, et les actionnaires d'une société en commandite à plaider contre les gérants, ou contre les membres du conseil de surveillance dans certaines conditions, par l'intermédiaire d'un ou plusieurs mandataires. (Art. 17 et 53) (1).

(1) Y a-t-il une dérogation à notre maxime, dans l'art. 17 de la loi du 27 juillet 1867, d'après lequel des actionnaires, représentant le vingtième au moins du capital

Cette dernière discussion nous montre que si la règle, *nul ne plaide par procureur*, existe encore en France, elle n'y existe pas sans exceptions. A celles que nous venons de signaler il faut joindre les suivantes, imposées par les nécessités de la pratique, ou dictées par le désir d'épargner aux parties des frais inutiles.

Premièrement notre maxime est étrangère au mandat légal. Cette exception se fonde sur les lois précitées des 8 novembre 1814, 21 juin 1865 et 24 juillet 1867, étendues par analogie aux cas semblables. Les personnes publiques, les incapables ont donc le privilège d'agir par leur représentant légal, qui procède en son nom, et figure seul dans les actes de la procédure. Telles sont, parmi les personnes publiques, l'Etat, représenté par les préfets des départements pour les actions relatives à ses droits immobiliers et aux successions en deshérence (Code de procédure civile, art. 69); le Trésor, représenté par l'agent judiciaire établi au ministère des finances, dans les procès relatifs au transfert des rentes sur l'Etat, et aux oppositions formées sur le traitement des fonctionnaires publics (décret des 27-31 août 1791, art. 3); les régies des domaines, de l'enregistrement, des contributions directes, des douanes, des contributions indirectes, représentées par leurs administrateurs dans les procès afférents au service de chacune d'elles (Code de procédure civile, art. 69-3^o; — décret des 19 août-12 septembre 1791, art. 4; — loi du 14 fructidor an III, art. 2 et suiv.; — loi du 27 ven-

social, peuvent, dans un intérêt commun, charger un mandataire de soutenir une action contre le gérant ou les membres du conseil de surveillance d'une commandite et de les représenter en justice? C'est une question. On peut voir sur ce point un arrêt de la Cour de cassation, chambre des requêtes, du 26 mars 1878, rapporté dans Sirey, 79, 1 17.

tôse an IX, art. 17 ; loi du 27 ventôse an XII, art. 88) ; les départements représentés par leur préfet, et, s'ils plaident contre l'Etat, par un membre de la commission départementale désigné par elle (loi du 10 août 1871, art. 54) ; les communes, représentées par leur maire ; les sections de commune, par le délégué de la commission syndicale ; la ville de Paris, par le préfet de la Seine (Code de procédure civile, art. 69-5^o ; loi du 14 avril 1871, art. 16 ; — loi du 5 avril 1884, art. 90 et 129) ; les hospices, hôpitaux et bureaux de bienfaisance, représentés par le maire qui préside le bureau et la commission administrative. (Décision ministérielle du 22 mai 1828.) Il en est de même du mineur non émancipé, de l'interdit, de l'individu placé, sans être interdit, dans un établissement d'aliénés. Ils sont représentés par des mandataires spéciaux. Certains auteurs veulent également voir une exception à notre règle dans ce fait que le mari peut intenter seul, sous tous les régimes de communauté, et d'exclusion de communauté, les actions mobilières et possessoires de sa femme (art. 1442, Code civil), et qu'il a seul, sous le régime dotal, le pouvoir de poursuivre les débiteurs de sa femme et les détenteurs de ses biens. (Art. 1549 du Code civil.) A cette longue liste il convient d'ajouter le contumax ; l'administration des domaines le représente, et peut intenter en son nom toutes ses actions.

Une autre exception à la règle est généralement admise, quoiqu'elle ne résulte d'aucun texte, en faveur des personnes pourvues d'un mandataire judiciaire, comme les sociétés commerciales auxquelles un liquidateur a été nommé par jugement. Il en est de même des personnes civiles, qu'elles aient un titre officiel ou un caractère

privé : telles sont, d'une part, une association syndicale autorisée, une société municipale de mesureurs et peseurs jurés, ou la régie des pompes funèbres d'une grande ville ; d'autre part, une association syndicale libre ou une société commerciale. Cette exception au principe que nul n'agit par procureur est depuis longtemps constante en jurisprudence et consacrée aujourd'hui, quant aux associations syndicales libres et autorisées, par les lois du 21 juin 1865 et 24 juillet 1867 ; les présidents et syndics des chambres de discipline d'officiers ministériels sont également reçus à agir en leur propre nom dans l'intérêt de leur corporation, et les bâtonniers des avocats dans l'intérêt de leur Ordre.

Enfin cette maxime reçoit plusieurs exceptions en matière commerciale ; il est reçu en pratique que le commissionnaire peut toujours agir en son nom propre, soit qu'il ait contracté de cette manière, soit même qu'il ait agi au nom de son commettant, comme l'art. 94 du Code de commerce lui en laisse la faculté ; c'est un usage traditionnel que le capitaine de navire plaide en son nom propre, quoiqu'il ait traité au nom de l'armateur ; les syndics intentent en leur nom les actions qui dépendent de la faillite qu'ils administrent comme mandataires des créanciers (Code com. art 443) ; il est d'usage, en matière d'assurance maritime, que plusieurs assureurs, qui ne sont pas associés les uns des autres, agissent par un mandataire parlant en son nom ; les actionnaires d'une société en commandite ne sont pas tenus d'agir collectivement contre le gérant ou contre les membres du conseil de surveillance, ils peuvent, s'ils représentent $\frac{1}{20}$, au moins du capital social, commettre à cet effet un ou plusieurs mandataires. (Loi du 27 juillet 1867, art. 17.) Enfin il est cer-

tains cas où les créanciers d'un individu peuvent exercer les droits de leur débiteur (art. 1166 du Code civil), et où un contribuable, inscrit au rôle de la commune, a le droit d'exercer à ses frais et risques, avec l'autorisation du Conseil de préfecture, les actions qu'il croirait appartenir à cette commune, et qu'elle aurait refusé ou négligé d'exercer. (Art. 123, loi du 5 avril 1884.) Ces dernières personnes agissent-elles en leur nom propre et en vertu d'un droit qui leur est personnel, ou comme mandataires de leur débiteur, ou de la commune? La question est des plus controversées, et a donné lieu à de nombreuses discussions. Ce n'est pas ici le lieu de résoudre la difficulté, mais si on se range à l'avis de ceux qui ne voient dans ce créancier, ou ce contribuable, qu'un mandataire, nous sommes bien là encore en présence d'une exception à la maxime : *nul ne plaide par procureur*, et nous devons l'indiquer.

Ces exceptions, on le voit, sont nombreuses; elles démontrent que le plaideur se trouve gêné par cette règle que nous étudions, et qu'il cherche tous les moyens d'y échapper, de la tourner, de l'éviter. Ses réclamations ont abouti sur certains points, là où la règle était particulièrement embarrassante; en matière commerciale où les affaires doivent être jugées vite et à peu de frais, ce qu'elle empêchait; là où une collectivité était en jeu, Etat, départements, syndicats, bureaux de bienfaisance, car son seul résultat était d'occasionner des frais. Espérons qu'elle n'existera bientôt plus qu'à l'état de souvenir.

En résumé, il résulte de toutes ces observations qu'en France on peut comparaître par procureur. Voyons maintenant ce que doivent être ces procureurs.

§ 3.

Peu de règles sur ce point ont été posées. Devant les justices de paix, les tribunaux de commerce ou les conseils de prud'hommes, certaines personnes ne peuvent pas se présenter en qualité de mandataires des parties; nous parlerons plus tard de ces prescriptions en traitant de la comparution devant ces différentes juridictions. Ces cas mis à part, d'une façon générale, on doit dire tout le monde peut comparaître pour autrui. C'est là un mandat comme un autre, et tout le monde peut être mandataire, même les femmes, même les mineurs émancipés. (Art. 1990 du Code civil.) Une femme mariée, un mineur émancipé pourra donc se présenter comme mandataire, et cela se voit fréquemment dans les prétoires de paix, où la femme, la fille, la sœur, viennent pour le mari, le père ou le frère.

Cette liberté accordée aux plaideurs est-elle un bien? Quand il s'agit d'une affaire à porter devant les tribunaux où le ministère des avoués est obligatoire, elle ne présente pas de grands inconvénients; l'avoué pare aux dangers qui pourraient en résulter et que nous signalerons dans un instant. Nous ne saurions en dire autant lorsque l'affaire est de la compétence des autres juridictions.

Laisser le plaideur maître du choix de son fondé de pouvoir, c'est lui permettre d'amener à la barre même les gens tarés, même les gens les plus méprisables. Si l'on comprend que l'on ne puisse fermer à ces individus l'accès du prétoire quand ils viennent postuler pour eux-mêmes, il en est différemment quand ils se présentent pour des tiers. Leur présence n'est plus une

nécessité; leur mandant aurait pu choisir un autre mandataire. Dès lors ne sied-il point à la dignité du tribunal de ne pas se laisser approcher par eux, de ne pas leur permettre de lutter d'égal à égal, et le front haut, avec un citoyen respectable? Les Romains, plus sages que nous sur ce point, l'avaient compris, et ils ne toléraient pas que tous les gens d'une moralité douteuse, d'une profession équivoque, les *turpitudine notabiles*, comme ils les appelaient, postulassent pour d'autres que pour eux ou les leurs. *Pro alio, ne postulent, præterquam pro parente, patrono, patrona, liberis, parentibusque patroni, patronæ*, avait édicté le préteur. (Loi 1, § 11, Digeste, liv. III, tit. 1.) Le magistrat défendait aussi à certains infirmes de postuler *pro aliis*; de ce nombre étaient les aveugles et les femmes (1). Il les considérait comme bien peu aptes à s'occuper de leurs propres affaires, il aurait désiré qu'ils confiassent ce soin à d'autres, il ne pouvait pas leur permettre de s'immiscer dans celles d'autrui, où la seule raison d'être de leur ingérence est leur capacité. « *Pro aliis ne postulent*, » édicta-t-il.

Notre législation n'a pas suivi le préteur dans cette voie, à tort selon nous. Ce n'est point que toutes les prescriptions romaines dussent être reprises, mais le mandat donné à celui que l'on charge de s'occuper d'un procès devrait être réglementé. Ce mandat ne devrait point pouvoir être confié au premier venu. C'est là une conséquence du respect dû aux tribunaux, nous l'avons montré; c'est là aussi une conséquence de la protection qu'un Etat doit à ses citoyens. Qu'arrive-t-il de nos jours avec cette liberté que nous combattons? Les justiciables

(1) Voir à ce propos au Digeste, lib. III, tit. 1, la loi première tout entière.

confient trop souvent le soin de leurs affaires à des individus indignes et ignorants, incapables de déconseiller un mauvais procès, poussant toujours à la lutte, dont ils tirent profit, chicaniers à l'excès, comme des procureurs du Bas-Empire, connaissant et employant tous les moyens de surprendre la bonne foi d'un tribunal. Les prétoires des tribunaux de paix, de commerce, sont encombrés d'une foule de ces gens, qui font métier d'agents d'affaires, et qui sont une plaie pour les plaideurs. Ils sont toujours d'un coûteux emploi, et souvent trompent leurs clients. Ils n'ont aucune des qualités que l'on voudrait trouver en eux. Ce qui justifie la substitution d'un mandataire à sa personne dans la direction d'un procès, c'est la science, le savoir, l'honnêteté de ce mandataire. Mieux vaut n'en point employer et agir soi-même que de recourir à un homme indigne. Dès lors pourquoi ne pas exiger certaines garanties de savoir et de moralité de la part de ces personnes? Sauf les parents et les amis des plaideurs, qui seraient leurs représentants naturels, les autres devraient avoir à justifier de leur science.

SECTION III.

Des Incapacités de comparaître personnellement.

(Mineurs, interdits, femmes mariées, personnes publiques.)

Nous connaissons les personnes qui peuvent comparaître; nous savons qu'elles peuvent le faire personnellement ou par mandataire. Il nous reste à parler de quelques justiciables auxquels il n'est permis d'ester en justice que représentés par certains mandataires, ou assistés de

certaines personnes. Leur âge, leurs infirmités, morales ou physiques, leur sexe, l'intérêt qu'on leur porte ont dicté ces précautions au législateur ; je veux parler des mineurs, des interdits, des femmes mariées, des personnes publiques.

§ 1.

Commençons par les mineurs.

De tout temps on a compris qu'ils avaient droit à une protection spéciale ; que leur faiblesse naturelle, leur manque de savoir les mettait dans l'impossibilité de lutter à armes égales avec un plaideur ordinaire. On a toujours admis que, dans un acte aussi grave, aussi important qu'un procès, ils devaient être assistés d'une personne sûre, chargée de les soutenir et de les aider de son expérience et de sa science. C'est représentés par leur tuteur, qui échappe même à l'application de la règle, *nul ne plaide par procureur*, qu'ils comparaissent, et s'ils venaient eux-mêmes, seuls, à la barre, ils ne seraient point écoutés. Les choses étaient un peu différentes en droit romain, au temps des *legis actiones*. Sous ce système de procédure, le pupille lui-même devait comparaître, prononcer les paroles solennelles ; son tuteur n'était là que pour augmenter sa capacité par son *auctoritas*, et nullement pour le représenter.

Dans une circonstance unique, un mineur peut ester en justice : quand il est émancipé. Alors il peut exercer seul et en son nom certaines actions : les actions mobilières, les actions possessoires. (Argument *a contrario* tiré de l'art. 482 du Code civil.) Dans les actions immobilières, il ne comparait pas seul. La loi n'a pas voulu que, dans ces

actions qui l'engagent plus gravement que les précédentes, il soit privé de tout appui. Elle a exigé l'assistance de son curateur. (Art. 482.) Ils viendront tous deux ensemble devant les magistrats. C'est là une sage mesure inspirée au législateur par sa sollicitude constante envers les mineurs.

§ 2.

Les seconds incapables que nous rencontrions sont les interdits. Ceux-là sont dans un état d'infériorité intellectuelle au moins aussi grand que les mineurs, et on a dû prendre à leur égard les mêmes mesures de précaution, et leur donner un tuteur. Ce sera donc ce tuteur qui comparaitra pour eux, quand le besoin s'en fera sentir, comme le fait le tuteur des mineurs. Pour les mêmes raisons, le malade, placé dans une maison d'aliénés, se verra représenté à la barre par un mandataire spécial qui lui sera nommé par le tribunal. (Art. 33, loi du 30 juin 1838.)

Enfin le prodigue, auquel on a été obligé de nommer un conseil judiciaire, n'a point été jugé apte à comparaitre valablement seul. On s'est méfié de lui, et le législateur lui a imposé l'obligation de n'ester en justice qu'assisté de son conseil. (Art. 513 du Code civil.)

À côté de ces personnes plaçons les interdits légalement. Détenus dans leur prison, retranchés du monde, ne pouvant communiquer avec personne, ils ne sauraient s'occuper sérieusement de leurs affaires. On a craint aussi qu'ils ne fissent mauvais usage de cette liberté qu'on leur laisserait, qu'ils ne s'en servissent pour récompenser des complices, ou se venger de dénonciateurs. On leur a donc retiré l'exercice de leurs droits, on a confié à un

tuteur le soin de gérer leur patrimoine. Quand ils auront à comparaître, ce sera ce tuteur qui le fera pour eux.

La loi française ne reconnaît point d'autres incapacités de comparaître personnellement, basées sur des infirmités, naturelles ou morales. Les sourds, les muets, les aveugles, les eunuques, les épileptiques, les personnes exerçant une profession réputée infâme, ne sont point écartés du prétoire, comme l'étaient autrefois plusieurs d'entre eux (1). Ils ne sont point obligés de plaider par procureur. Nos tribunaux se sont montrés moins sévères que le préteur romain. Ils ont cru qu'ils pouvaient, sans porter atteinte à leur dignité, se laisser approcher même par les plus indignes de leurs justiciables. Quant aux infirmes, on a pensé que, lever ces prohibitions, c'était avoir pitié de ces malheureux. Pourtant on peut se demander si, dans leur intérêt bien compris, dans l'intérêt de la gravité des débats judiciaires, mieux ne valaient pas les anciens principes. Les inconvénients de leur comparution peuvent ne pas exister devant les tribunaux auprès desquels on postule par avoué, il n'en est plus de même devant ceux où ces officiers ministériels n'existent pas. Devant ces dernières juridictions un de ces infirmes peut s'obstiner à venir en personne, il en a le droit. Or quelle justice pourra-t-on lui rendre s'il n'entend pas les questions qu'on lui adresse, les arguments qu'on lui oppose, les explications qu'on lui demande; si son mutisme l'empêche d'expliquer sa situation à ses juges, si sa maladie à chaque instant lui fait perdre la conscience de lui-même, les forces nécessaires pour la lutte, et le souvenir de ce qui se passe ? Ces cris,

(1) Voir à ce propos au Digeste le titre : *de Postulando*, livre III, tit. 1.

poussés à l'oreille du plaideur, ces gestes, destinés à lui faire saisir ce qu'on attend de lui, ces crises, qui peuvent le prendre au prétoire et le tordre dans des spasmes pénibles à voir, tout cela est-il de la dignité d'un tribunal, qui doit toujours être grave, calme et digne? Je sais l'objection que l'on peut faire; ces gens, dit-on, reconnaissant leur infériorité, s'adresseront d'eux-mêmes à un mandataire. Mais le feront-ils toujours s'ils n'y sont point forcés? Evidemment non, et le scandale pourra se produire. Mieux ne vaudrait-il pas le prévenir en forçant ces infortunés à ne comparaître que par mandataire, comme les mineurs, comme les interdits?

§ 3.

J'arrive à l'incapacité de la femme mariée.

A raison de la subordination dans laquelle elles doivent vivre vis-à-vis de leurs maris, et aussi *propter levitatem animi et fragilitatem sexus*, à cause de leur légèreté d'esprit et de la faiblesse inhérente à leur sexe, légèreté et faiblesse reconnues par elles-mêmes en se mariant, le législateur a cru devoir faire pour les femmes mariées quelque chose d'analogue à ce qu'il avait fait pour les incapables précédents.

Il n'a pas cru devoir leur permettre de s'exposer sans soutien aux luttes dangereuses de la barre. Il ne les admet à comparaître qu'assistées de leurs maris, ou autorisées à cet effet par ce mari ou par justice (art. 215 du Code civil, art. 861 et suiv. du Code de procédure) (1). De l'heure

(1) L'autorisation de justice est généralement donnée par le tribunal, dans la forme indiquée aux articles 861 et suivants du Code de procédure. Dans certains

de la célébration de son mariage, l'accès de tout forum est interdit à la femme. Notre ancien droit était plus généreux ; il lui accordait au moins un jour de plus de liberté. Elle ne perdait sa capacité que du moment de la consommation du mariage ; *consummatum, sed non celebratum*, voilà ce que devait être l'union pour faire tomber la femme sous la dépendance du mari.

Taisant à ce sujet, dans son ouvrage sur la coutume de Bourgogne, s'exprimait ainsi : « Notre coutume dit : » après la consommation du mariage, et ces mots ont une » telle force qu'ils ne donnent point à l'époux l'autorité » maritale avant que le mariage ait été célébré par » l'Eglise, et consommé, *per copulam*, ou qu'on ait sujet » de le présumer ainsi par la cohabitation des mariés. »

Cette vieille règle de l'assujétissement de la femme à son mari, traditionnelle chez nous, dont on fait remonter les origines jusqu'au droit germanique, commence à être vivement attaquée. On analyse l'une après l'autre les deux bases sur lesquelles on la fait reposer, et on les trouve bien fragiles.

On invoque la faiblesse des femmes. Or on se demande comment une femme peut être déclarée incapable et faible parce qu'elle s'est mariée, tandis que, si elle était restée fille, elle serait réputée apte à l'accomplissement de tous les actes juridiques. Le contraire semblerait plus probable. En se mariant, dit-on, elle a avoué sa

cas pourtant, dans les demandes en séparation de biens, l'autorisation est donnée par le président du tribunal par ordonnance rendue sur simple requête. (Art. 865 du Code de procédure civile.) Lorsque la femme est défenderesse, l'autorisation lui est donnée par le tribunal au moment de sa comparution si son mari ne l'a pas fait auparavant, et sans que l'observation d'aucune formalité soit nécessaire. La femme est attaquée, elle doit pouvoir se défendre.

faiblesse. Alors pourquoi lui rendez-vous sa capacité quand elle devient veuve? Son veuvage double-t-il ses forces, et développe-t-il son intelligence? On se rappelle malgré soi les profondes paroles du grand Gaius, disant : « L'opinion vulgaire est que les femmes doivent être régies par des tuteurs parce qu'elles ont l'esprit trop léger pour se gouverner elles-mêmes, mais cette opinion est plus spécieuse que solide.... Cette tutelle a été établie dans l'intérêt des tuteurs eux-mêmes (1). » On conclut avec lui que cette raison invoquée n'est qu'un moyen habile de dissimuler le véritable motif de la prescription, le seul sérieux, la subordination dans laquelle on veut faire vivre la femme aux regards de son mari.

Cette subordination est le second motif invoqué, et on examine si la défense d'ester en justice est une conséquence nécessaire de cette subordination.

En droit romain, la femme devait aussi obéissance à l'époux, et pourtant elle exerçait elle-même ses actions. On ajoute : Cette infériorité relative de l'épouse doit-elle exister? Le mariage n'est-il pas, comme l'a dit le premier Consul, l'union de deux âmes? Où a-t-on vu que ce fût la soumission d'une âme à l'autre? Le fonctionnement de l'association conjugale ne montre-t-il pas chaque jour, surtout dans les ménages ouvriers, l'autorité naturelle de l'épouse se substituant en fait à l'autorité légale du mari, la femme visitant les hommes d'affaires, tandis que l'homme se rend à son chantier, mandatrice de son mari aux tribunaux de paix, s'acquittant admirablement de sa mission, au plus grand profit matériel et moral des associés et des enfants?

(1) Gaius, *Com.* I, § 190 et suivan'ts.

Ne montre-t-il point aussi les abus fréquents de cette autorité, aveuglément confiée par la loi à des mains indignes, et leurs funestes conséquences : les révoltes provoquées chez la femme, qui se sent par sa nature et son intelligence supérieure à son maître, par les décisions absurdes que celui-ci prend dans son ignorance et sa grossièreté, quelquefois même sa méchanceté, par la ruine où elle se voit entraînée avec lui par suite de son entêtement ?

Qu'on lui rende le plein exercice de ses droits, elle sauvera son pain et celui de ses enfants sans être obligée de froisser son époux en l'appelant devant les tribunaux, et de joindre ainsi aux discussions pécuniaires les querelles intérieures et les reproches amers (1).

Ainsi raisonnent les partisans de l'émancipation des femmes, mais jusqu'à présent ils n'ont pu convaincre le législateur. Où leur réclamation peut paraître très juste et très fondée, où ils doivent avoir, il me semble, l'appui de tous les bons esprits, c'est quand ils demandent que, devant les conseils de prud'hommes spécialement, pour obtenir le paiement de ses salaires, la femme soit réputée complètement majeure. Ils sollicitent pareille faveur pour les mineurs. Ils justifient de la sorte leur proposition :

La femme mariée ouvrière, comme du reste le mineur ouvrier, doit avoir libre accès devant les tribunaux des ouvriers. Ils sont bons pour le travail, ils en supportent les fatigues et les dangers, ils ont sur ce point pleine capacité ; pourquoi ne pourraient-ils aussi se faire protégés

(1) On peut consulter à ce sujet un petit opuscule dû à M. Vieillard-Baron, substitut du procureur général, à Dijon, intitulé : *des Droits de la femme*.

ger ? Majeurs pour la peine, ils doivent l'être également pour la rétribution de cette peine. C'est là une nécessité sociale, c'est là une mesure qui s'impose ; les autres réformes peuvent attendre, celle-ci est urgente. Dans les familles d'ouvriers, tantôt c'est le mari qui est allé travailler dans une autre localité, et qui ne donne plus de ses nouvelles, tantôt c'est le père qui abandonne ses enfants pour aller chercher lui-même du travail ailleurs. Convient-il de laisser cette femme ou ces enfants, créanciers pour le travail qu'ils ont fournis, sans ressources, faute par eux de pouvoir faire valoir leurs droits en justice, ou du moins de les faire rapidement et à peu de frais valoir ? La question a été examinée sous toutes ses faces dans l'enquête à laquelle il a été procédé en 1868, et, si les avis ont varié sur l'âge, ou sur les conditions auxquelles l'autorisation de réclamer les salaires devait être accordée, il y a eu accord presque unanime sur le principe en lui-même. On a reconnu l'absolue nécessité d'admettre à ester en justice, devant les prud'hommes, les femmes mariées et les mineurs, comme les autres justiciables.

§ 4.

Les derniers incapables dont nous ayons à parler, et dont nous dirons seulement deux mots, sont les personnes publiques.

Le législateur leur a toujours porté un immense intérêt. Il importe en effet au plus haut point à la sécurité de l'Etat qu'elles conservent intact leur patrimoine, qu'elles ne se lancent pas à la légère dans des procès pouvant compromettre leur fortune. Elles ne plaideront donc que représentées par leurs représentants officiels, l'Etat par

les préfets, le Trésor par son agent judiciaire, les communes par leurs maires, les administrations publiques par leurs administrateurs, etc. Pour certaines d'entre elles, pour les communes, les établissements hospitaliers, les fabriques, les menses curiales, les séminaires diocésains, les chapitres collégiaux et cathédraux, les consistoires protestants et israélites, la protection a même été étendue plus loin. Ces personnalités ne peuvent plaider qu'avec l'autorisation du Conseil de préfecture. (Loi du 28 pluviôse an VIII. — Décret du 30 décembre 1809, art. 77. — Décret du 26 novembre 1813, art. 14. — Ordonnance du 23 mai 1834, art. 1. — Ordonnance du 25 mai 1844, art. 64. — Loi du 5 avril 1884, art. 125.) Les actions possessoires des communes font seules exception à cette règle, ainsi que certaines actions relatives à ces mêmes communes et indiquées à l'article 154 de la nouvelle loi municipale : « Art. 154. — Toutes les recettes municipales, pour lesquelles les lois et règlements n'ont pas prescrit un mode spécial de recouvrement, s'effectuent sur les états dressés par le maire. Ces états sont exécutoires après qu'ils ont été visés par le préfet ou le sous-préfet. Les oppositions, lorsque la matière est de la compétence des tribunaux ordinaires, sont jugées comme affaires sommaires, et la commune peut y défendre sans autorisation du conseil de préfecture. »

CHAPITRE II.

DE LA COMPARUTION PAR AVOUÉ.

SECTION I. — Des avoués, de leur rôle, de leur utilité, de leur histoire, des causes où leur ministère n'est pas obligatoire.

SECTION II. — De la comparution au sens technique du mot.

SECTION III. — Des formalités qui précèdent et accompagnent la comparution.

SECTION I.

Des Avoués, de leur rôle, de leur utilité, de leur histoire, des causes où leur ministère n'est pas obligatoire.

§ 1.

Le chapitre précédent nous a indiqué les personnes qui pouvaient comparaître, celles qui pouvaient le faire elles-mêmes, celles qui étaient obligées de recourir à des mandataires spéciaux. Voyons maintenant comment ces différentes personnes, justiciables eux-mêmes, leurs mandataires, leurs tuteurs ou administrateurs comparaissent.

Nous avons dit, dans notre introduction, qu'au point de vue de la comparution, il fallait distinguer en France deux

sortes de tribunaux, ceux devant lesquels on comparaisait par avoué, et ceux devant lesquels la comparution était personnelle.

Occupons-nous d'abord des premiers, les Tribunaux d'arrondissement, les Cours d'appel, la Cour de cassation.

Devant ces juridictions, le plaideur est obligé de recourir au ministère d'un procureur spécial; il ne peut venir seul devant elles; il faut qu'il y soit représenté par cet homme, qui résumera au tribunal la demande de son client. Celui-ci ne peut que donner des explications, quand elles lui sont demandées.

Quels sont ces procureurs dont le ministère est ainsi obligatoire?

Ce sont, pour les Tribunaux d'arrondissement, les avoués de première instance, pour les Cours d'appel, les avoués à la Cour, enfin, pour la Cour suprême, les avocats à la Cour de cassation. Tous sont qualifiés d'un mot, ce sont des officiers ministériels, c'est-à-dire des individus spécialement choisis et nommés par le pouvoir, en fait par décret du Président de la République, en vue de la bonne exécution des fonctions qui leur sont confiées, et dont le nombre est limité.

Remplissant un rôle dans l'Etat, ils doivent avant tout être citoyens français; un étranger ne saurait remplir cette mission.

Comme garanties, on exige d'eux : 1^o de justifier par un certificat du maire de leur domicile qu'ils ne se trouvent dans aucun cas de suspension ou de privation totale de leurs droits civils ou politiques (décision du garde des sceaux du 20 décembre 1827);

2^o D'avoir satisfait aux lois sur le recrutement (décret du 7 thermidor an XII);

3^o D'être âgés de 25 ans accomplis (art. 115 du décret du 6 juillet 1810. — Circulaire du garde des sceaux du 20 décembre 1827); un homme de cet âge est moins exposé qu'un tout jeune homme à commettre des légèretés, à faire des oublis, dangereux dans toute profession, et particulièrement dans celle-ci ;

4^o De produire un certificat de moralité et de capacité, délivré par la chambre des avoués du tribunal près lequel ils veulent exercer, et un certificat de bonne vie et mœurs délivré par le maire de leur domicile (arrêté du 13 frimaire an IX) ;

5^o Un certificat de capacité obtenu après examen dans une faculté de droit (loi du 22 ventôse an XII, art. 5) (1) ;

6^o De justifier de cinq années de cléricature dans une étude ; mais ce délai est réduit à trois ans pour les licenciés en droit, et à deux pour les docteurs. (Art. 115 du décret du 6 juillet 1810, circulaire du garde des sceaux du 20 décembre 1827.)

Pour les avocats à la Cour de cassation, qui ont à diriger des affaires plus importantes, on s'est montré plus exigeant encore. Ils doivent tous avoir fait un stage d'au moins trois ans en qualité d'avocat (Règlement du 28 juin 1738, titre xvii, art. 1 et 2, toujours en vigueur. — Arrêté du conseil de l'Ordre du 15 février 1827), et avoir subi avec succès un examen devant le conseil de l'Ordre, examen portant sur les matières de leur pro-

(1) Qu'il me soit permis de faire ici une remarque : de nos jours où toutes les professions sont encombrées, où l'instruction a pris un si grand développement, où les titres sont communs, ne devrait-on pas augmenter de sévérité vis-à-vis des avoués, et exiger d'eux le diplôme de licencié en droit ? Ce serait une garantie nouvelle donnée aux plaideurs, et le cours de la justice ne serait pas un instant entravé par l'impossibilité de recruter ces officiers ministériels.

fession, et spécialement sur les formes de procédure à observer, soit au Conseil d'Etat, soit à la Cour de cassation. Un avis favorable à leur nomination doit en outre être donné par la Cour de cassation.

De plus, tous ces officiers ministériels doivent, en entrant en charge, prêter serment devant la juridiction près de laquelle ils vont exercer, de bien et fidèlement remplir leurs fonctions.

Le législateur, on le voit, a pris toutes les précautions possibles pour que ces procureurs soient des hommes en lesquels on puisse, en toute assurance, mettre sa confiance.

Les parties choisissent parmi eux celui auquel elles veulent remettre la garde de leurs intérêts.

§ 2.

Qu'est au juste leur rôle ?

Ils représentent leurs clients à la barre. Ils exposent leurs prétentions au tribunal. L'on ne peut pas dire qu'ils comparaissent exactement pour eux ; ce sont toujours les intéressés qui sont censés le faire, qui sont réputés se présenter ; la règle, *nul ne plaide par procureur*, l'exige ainsi.

Ils remplissent une mission spéciale, particulière, qui engage leur responsabilité vis-à-vis de leurs commettants, à peu près comme le mandataire engage sa responsabilité vis-à-vis du mandant, mais ce mandat *ad litem* est un mandat à part, régi par des règles spéciales. (Art. 352 et suiv. du Code de proc.)

Les avoués doivent recevoir les justiciables, écouter

leurs griefs, leur donner un premier conseil (1). Ceci est prescrit afin d'éloigner du prétoire des débats oiseux, qui réellement n'en sont pas, et n'ont été soulevés que par suite de l'ignorance des parties, qui croyaient avoir un droit là où elles n'en avaient pas. Les avoués forment ainsi, en quelque sorte, un premier degré fort utile de juridiction, déblayant le terrain devant les tribunaux en ne laissant point encombrer leur rôle, et en le débarrassant d'une foule de procès qui leur prendraient un temps précieux.

Si les prétentions mises en avant leur paraissent sérieuses, et dignes d'être portées devant le tribunal, ou si, malgré leurs avis, leurs clients persistent à vouloir faire le procès, nos procureurs doivent prendre en main la direction de l'affaire, être les mandataires des intéressés, et diriger pour eux et en leur nom la procédure.

Pourquoi cela ? Le législateur a cru devoir entourer l'introduction, l'instruction et le jugement des procès de formalités nombreuses, délicates, irritantes ; il a vu dans la multiplicité de ces formalités un gage de bonne justice. Mais la masse des citoyens, forcément ignorante de toutes ces prescriptions, allait-elle ne pouvoir aborder avec sécurité un débat judiciaire, comme cela s'était produit aux premiers temps de Rome, et jusqu'au larcin d'Appius Claudius ?

Allait-on laisser les justiciables devenir les tributaires, quand ce ne serait pas les victimes, de plus savants qu'eux et de plus versés dans la connaissance de la chicane ? Dans des procès de l'importance de ceux soumis aux tribunaux dont nous parlons, l'assistance d'un juriste

(1) Le tarif des avoués leur alloue un certain émolument pour droit de conseil. T. art. 68 et 147.

n'est-elle pas toujours utile ? N'y a-t-il pas danger pour un plaideur à agir seul ? En lui imposant l'assistance d'un homme de loi, le législateur ne s'acquitte-t-il pas envers lui de son rôle de protecteur né des justiciables ? Ce furent toutes ces raisons qui firent créer les avoués.

En les établissant, on voulut qu'ils fussent des conseillers honnêtes et savants. Nous avons déjà indiqué les garanties exigées dans ce but ; pour augmenter la sécurité des plaideurs, on n'en fit pas seulement des officiers ministériels, des hommes appartenant plus ou moins à l'ordre judiciaire, dont ils portent la robe, on en fit aussi les mandataires de leurs clients, non pas, il est vrai, des mandataires ordinaires, soumis aux règles générales du mandat, c'eût été occasionner des lenteurs et des frais, mais des mandataires particuliers, en faveur desquels existeraient, pour les actes de leur profession, présomption de mandat, que la simple remise des pièces créerait mandataires, qui seraient réputés l'être et le resteraient jusqu'à la preuve du contraire établie par une procédure particulière, le désaveu (art. 352 et suivants du Code de procédure civile), au demeurant responsables de leurs fautes et de leurs négligences dans la conduite des affaires.

Au jour fixé pour l'audience, à l'appel de la cause, l'avoué, revêtu des insignes de sa fonction, la toge noire en laine à larges manches, le rabat et la toque (1), cette dernière à la main, car les avoués ne peuvent pas postuler couverts, se présente pour son client et expose au tribunal les motifs de la demande ou ceux de la résistance. Ainsi se fait de nos jours la comparution en justice, devant les tribunaux civils, par avoué, par procureur.

(1) Arrêté consulaire du 2 nivôse an XI.

§ 3.

Cette manière de comparaître offre cet immense avantage de faciliter la tâche des juges, qui saisissent plus facilement les explications de l'avoué, données dans un langage juridique, dépouillé de toute superfluité, que celles des parties, toujours verbeuses, inexactes, impropres quant aux expressions employées, confuses et longues. Une assistance à une audience de justice de paix suffit pour s'en convaincre.

Pourquoi est-elle si attaquée ? De nos institutions de procédure, c'est une des plus vivement combattues. On représente le ministère des avoués comme la cause de toutes les lenteurs et de tous les frais. « *Ce qu'il y a à supprimer, ce qui encombre la procédure, c'est l'avoué,* » lisons-nous dans la *Revue de la Réforme judiciaire*, sous la signature de M. le député Remoiville (1). — « *Je le dis avec une conviction profonde, il est insensé de vouloir en même temps reviser la procédure, et maintenir les avoués, ce sont deux termes qui se détruisent, il faut choisir.* » Ainsi est conçu un autre passage de la même *Revue* (2), et ces paroles sont attribuées à M. Allard, rapporteur de la commission belge de la réforme de la procédure. Le justiciable admis directement devant toutes les juridictions, ou recourant volontairement au ministère facultatif des avocats, voilà l'idéal de ces Messieurs (3). Ils n'apportent pourtant aucune raison sérieuse à l'appui

(1) *Revue de la Réforme judiciaire*, n° 1, p. 14, année 1885.

(2) *Id.* n° 5, année 1886.

(3) *Id.* n° 1, p. 8, année 1885.

de leur opinion ; ils ne disent pas qui rendra les précieux services procurés de nos jours par l'institution de ces officiers ministériels dont ils demandent la suppression : ces conseils préliminaires qui diminuent le nombre des procès, ces utiles secours donnés aux justiciables, cette exposition juridique et claire de l'affaire faite au tribunal.

Ils prétendent que nos trop nombreuses formalités de procédure sont la conséquence forcée de l'existence des procureurs. Ces officiers ne sont-ils pas plutôt la conséquence de ces formalités ? Si parmi elles il y en a certainement d'inutiles, qui doivent être supprimées et abrogées, il en est d'autres qui sont essentiellement nécessaires, et sans lesquelles aucune bonne justice ne saurait être rendue ; elles ont été inscrites dans les lois de toutes les nations et de tous les temps pour éviter les emballements, les coups de tête des plaideurs, leur permettre d'instruire avec calme les affaires et de les faire juger par les tribunaux avec sang-froid et connaissance de cause. Si des formalités sont nécessaires, des avoués le sont aussi, sans quoi le justiciable ignorant, et c'est le plus grand nombre, sera la victime de sa présomption ou de sa pauvreté, et le jouet de son adversaire plus instruit. Du reste la meilleure réponse à faire à ces novateurs est celle-ci : « Pro- » cédez par voie d'induction, par voie d'expériences, con- » sultez les faits et voyez ce qu'ils vous apprennent. Un » instant les avoués ont été supprimés, n'a-t-il pas fallu » les rétablir ? Devant les juridictions extraordinaires leur » ministère n'est point obligatoire, et regardez pourtant » ce qui s'y passe : dans les tribunaux de commerce, » malgré les défenses de la loi, les commerçants les ont » établis sous le nom d'agréés, et même devant les » justices de paix la majeure partie des causes est aux

» mains des agents d'affaires. Préférez-vous des agents
» d'affaires véreux, et échappant à tout contrôle, à des
» hommes offrant les garanties présentées par les avoués ?
» Loin de les supprimer devant les juridictions ordinaires
» où ils existent, peut-être faudrait-il les établir devant
» celles où il n'y en a pas. Leur salaire, dites-vous, est
» coûteux, diminuez-le, si vous le voulez ; mais mieux
» vaut encore une justice coûteuse qu'une mauvaise justice.
» Ce salaire, du reste, n'est-il pas le prix du temps
» qu'emploierait le plaideur à préparer sa cause, temps
» pendant lequel il ne pourrait se livrer à aucun travail
» productif ? »

§ 4.

Ces avoués ont-ils toujours existé ?

A Rome, pendant la période des *legis actiones*, il est inutile de les chercher ; la règle : *nemo alieno nomine lege agere potest*, règne dans toute sa rigueur ; on doit comparaître soi-même devant le magistrat, et si l'âge, la maladie, les infirmités, l'absence, les voyages, ou quelque autre cause en empêche, on ne peut obtenir justice ; à peine si l'on avait introduit quelques exceptions à cette règle rigoureuse, *pro populo, pro libertate, pro tutela, pro lege Hostilia* (1). Quand le système formulaire eut été admis, la vieille règle subsista toujours ; cependant, comme on en connaissait les inconvénients immenses, on chercha à les atténuer, et alors apparut l'institution des *cognitores* et des *procuratores*, sorte de mandataires d'une nature particulière, qui faisaient leurs

(1) Voy. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 1299.

les procès, et par conséquent plaidaient encore pour eux quand ils plaidaient, mais qui devaient rendre compte à leurs mandants des avantages retirés de l'affaire. Ces *cognitores*, ces *procuratores* existaient déjà du temps de Cicéron, qui en parle fréquemment dans ses écrits ; puis, avec les années, leur rôle se modifia peu à peu, et l'on peut dire qu'ils arrivèrent à avoir une grande ressemblance avec nos avoués d'aujourd'hui. Sous Justinien ils représentent pleinement et entièrement leur mandant et sont considérés comme son simple organe (1). Je les assimilerais volontiers à ces mandataires qui vont nous représenter devant les justices de paix, et dont le ministère, comme l'était le leur, ou à peu près (2), n'est jamais obligatoire, et le nombre limité. Toutefois, au déclin de l'ère impériale, il serait peut-être possible de rencontrer l'exercice d'une véritable profession dans les fonctions d'une certaine catégorie de *procuratores* qui paraissent avoir été investis d'un mandat public, et en quelque façon officiel, auprès du juge. Nous voyons en effet, dans une de ses constitutions, l'empereur Zénon nous parler de *procuratores publici*, de *procuratores qui apud magistratum adsident*, et défendre à toute personne de faire fonction de *procurator publicus* devant plusieurs juridictions ; mais jamais le ministère de tous ces *procuratores* ne fut imposé aux plaideurs (3).

Ces règles, ces lois, tant que la Gaule resta soumise à la domination romaine, furent observées. Quand le flot

(1) Van Wetter, t. II, p. 513.

(2) Voyez les incompatibilités exposées au Digeste. Loi 1, de *Postulando*.

(3) Louis Lucas. *Etude sur la vénalité des charges et fonctions publiques et sur celles des offices ministériels, depuis l'antiquité romaine jusqu'à nos jours*. Thèse de doctorat, tome I, page 664, et suiv.

des invasions barbares eut renversé l'antique civilisation, quand, au chaos des temps mérovingiens, eut succédé l'organisation féodale, autre espèce de chaos et d'anarchie, aucune trace ne subsista plus des sages règlements des empereurs. A peine si, dans quelques villes du Midi qui avaient conservé une sorte d'indépendance et le culte de leurs anciens usages, l'on en aurait retrouvé les vestiges. Chaque baron, chaque seigneur était maître sur sa terre ; il y rendait la justice, s'il le voulait, comme il le voulait, de la manière dont il le voulait, et, comme ses connaissances juridiques étaient souvent, pour ne pas dire toujours, très bornées, qu'il n'avait d'autre Code que sa conscience et son bon sens, sa manière préférée était ordinairement celle du bon roi saint Louis, la justice rendue sous un chêne, ou à la porte du manoir. Avec une pareille organisation, il n'y avait point de place pour des avoués. Chacun allait trouver son seigneur, lui exposait ses doléances, lui présentait sa défense, lui réclamait justice en s'adressant à ses lumières ou à son cœur. Il y allait en personne, et le seigneur prononçait. La comparution était, on le voit, des plus patriarcales et des plus simples ; du reste, comment comprendre une comparution par mandataire dans un temps où le combat judiciaire, le jugement de Dieu, la preuve par l'eau et le feu, étaient les seuls modes d'instruction employés ?

Cependant ces habitudes barbares disparurent. Le roi prit une plus grande autorité sur les seigneurs ; ses justices se multiplièrent et agrandirent leur domaine. Les procédés d'autrefois devinrent insuffisants. L'absolue nécessité de pouvoir se faire représenter dans un procès et de régler cette représentation se fit sentir. Ajoutons que la législation romaine redevenait connue, que cette

législation, comme la littérature du grand peuple, excitait le plus vif enthousiasme parmi les savants et les érudits, qui comptaient parmi eux nombre de ces conseillers dont les barons avaient pris l'habitude de se faire assister dans leurs audiences, qui siégeaient à leurs pieds, et finirent par monter d'un rang et remplacer complètement leurs maîtres. Appliquer la législation romaine, tel était l'idéal des juges de cette époque. Ces lois, surtout dans l'état où elles arrivaient alors, ayant passé par les mains des jurisconsultes byzantins, étaient formalistes et chicanières à l'excès ; aussi le besoin fut vite éprouvé de placer à côté du plaideur un homme de loi, ayant pour mission de le diriger et de lui faire éviter les pièges de la procédure. Ce droit à se faire représenter fut d'abord une faveur accordée par le prince à sa femme, aux membres de sa famille, à quelques privilégiés, car la maxime, *nul ne plaide par procureur*, régnait dans toute sa rigueur ; mais la faveur devint rapidement le droit commun, et les parties eurent la possibilité d'envoyer pour elles en justice des hommes spécialement agréés par les juges et qui, au commencement, étaient en nombre illimité.

Malheureusement ces hommes de loi de la Renaissance, en héritant de la science juridique de leurs prédécesseurs du Bas-Empire, héritèrent aussi de leur esprit de chicane et de ruse, de cet esprit contre lequel, à chaque instant, les empereurs avaient inutilement essayé de réagir (1), contre lequel nous verrons nos Rois rendre fréquemment des ordonnances, et constater dans les dernières que les précédentes sont restées lettre morte. Pour exercer sur

(1) Le Code et les Novelles sont pleins de constitutions et de décrets essayant de protéger les plaideurs contre la rapacité et la ruse des hommes de loi de l'époque.

ces procureurs, c'est le nom qui désormais sera donné à ces légistes, une surveillance et un contrôle plus efficaces, on les éleva à la dignité des officiers ministériels. Tout d'abord la généralité des coutumes n'en fit pas des mandataires forcés ; leur ministère n'était obligatoire que dans certains pays ; mais, à partir de la grande ordonnance de 1667, régulatrice de la procédure en France, nul ne put plus comparaître devant les présidiaux et autres tribunaux d'un ordre plus élevé, autrement que par procureur (1). Telle fut la loi jusqu'à la Révolution.

Pendant la période intermédiaire, l'institution des procureurs fut violemment attaquée. Ils avaient soulevé contre eux des haines violentes ; on leur reprochait d'avoir introduit, pour leur seul avantage personnel, des formalités de procédure inutiles, longues et coûteuses. Néanmoins ils ne furent pas immédiatement supprimés. Un décret du 29 janvier-20 mars 1791, art. 3, décida même qu'il y aurait des officiers ministériels, ou avoués, auprès des tribunaux. On changeait le nom, on conservait la chose. C'est qu'au fond on se rendait parfaitement compte de leur absolue nécessité ; des abus avaient pu se produire, qui, un instant, avaient voilé aux yeux de la masse l'utilité de cette institution, cette utilité n'en subsistait pas moins.

Pourtant, devant les déclamations des orateurs de la Convention, qui voyaient dans le monopole des avoués un

(1) Pothier, *Traité de la procédure civile*. — Ordonnance de 1667, titre v, art. 1^{er} : « En toutes les causes qui seront poursuivies aux requêtes de notre hôtel, requêtes du Palais, cours des monnaies, sièges des grands maîtres des eaux et forêts, sièges des présidiaux, bailliages, sénéchaussées, sièges des conservateurs des privilèges, des universités, prévotés et chatellenies royales, le défendeur sera tenu de nommer procureur. »

privilège, et dans tout privilège une chose à détruire, il fallut céder ; les avoués furent supprimés par le décret du 3 brumaire an II, art. 12. La comparution redevint personnelle. Les parties vinrent elles-mêmes exposer leurs demandes à leurs juges.

Eut-on à se louer de cette innovation ? Tout au contraire ; et cette expérience qui fut faite alors de la comparution personnelle, à mon avis, la condamne à jamais. On constata en effet que les parties se défendaient mal, par leur ignorance des lois compromettaient leurs intérêts, par leurs discussions sans dignité rabaissaient le caractère de la justice ; quand elles se rendaient compte de leur infériorité, elles s'adressaient bien à des mandataires, mais quels mandataires choisissaient-elles ! des hommes tarés, méprisables, généralement au-dessous de leur mission, ignorants du vrai droit mais connaissant à fond la chicane, et sachant naviguer au milieu de toutes les subtilités de la procédure, au besoin les faire naître. Entre leurs mains les parties étaient des victimes ; les procès s'éternisaient, les frais s'accumulaient ; au milieu de leurs arguties le juge arrivait difficilement à saisir la vérité. Au bout de peu de temps, tout le monde soupira après le retour à l'ancien état de choses. C'est là le meilleur argument à invoquer en faveur du maintien des avoués ; tous les raisonnements des philosophes ne prévaudront pas contre ce fait.

Les offices furent rétablis par la loi du 27 ventôse an VIII (art. 93 et 94). Art. 93 : « *Il sera établi près le tribunal de cassation, près chaque tribunal d'appel, près chacun des tribunaux de première instance, un nombre fixe d'avoués, qui sera réglé par le gouvernement, sur l'avis du tribunal auquel les avoués devront être atta-*

chés. » — Art. 94 : « *Les avoués auront exclusivement le droit de postuler et de prendre des conclusions dans le tribunal pour lequel ils seront établis.* »

Le Code de procédure admit également les avoués, tels qu'ils avaient été établis par la loi de ventôse, et, depuis, ces honorables officiers ministériels n'ont pas cessé d'être les intermédiaires nécessaires des plaideurs auprès des tribunaux.

§ 5.

La comparution devant les Tribunaux d'arrondissement, les Cours d'appel, la Cour de cassation, se fait donc par avoué, voilà la règle, mais cette règle souffre trois exceptions :

1^o Le ministère des avoués n'est point obligatoire dans les contestations en matière d'enregistrement. « *Les parties ne seront point obligées d'employer le ministère des avoués,* » dit l'article 17 de la loi du 27 ventôse an IX, relative à cette administration. On a pensé que dans ces affaires, qui se jugent sans plaidoirie, sur simples mémoires remis au tribunal, le rôle des parties se bornait à trop peu de choses, la seule remise du mémoire, pour qu'on leur imposât un avoué. Je relève ici en passant une inexactitude dans le *Traité de procédure* de M. Bonfils. Le ministère des avoués, en la matière dont nous nous occupons, n'est point interdit, comme l'écrit M. Bonfils ; il est simplement facultatif. L'article 17, précité, est formel sur ce point. On ne comprendrait pas, du reste, cette exigence de la loi d'empêcher les parties, incapables ou ignorantes, de se faire assister d'un homme de loi dans leur défense ou leur attaque contre une administration, toujours fort bien représentée et soutenue par ses employés.

2^o La seconde exception existe en matière de douanes. En ces matières, si les procès peuvent être instruits et jugés sur simples mémoires, sans frais de justice, l'administration peut procéder de la sorte, et alors ni elle ni son adversaire ne sont obligés de recourir aux avoués. Si au contraire la régie veut plaider, nous retombons sous l'empire du droit commun. (Arrêté du 10 thermidor an IV.)

3^o Enfin l'Etat, plaidant pour la propriété de ses domaines et représenté par le préfet, n'a pas besoin de se donner un autre représentant judiciaire. Le ministère public, à la demande du préfet, se charge de ses intérêts. Ce ministère public en effet a pour mission de défendre les intérêts généraux, il est donc bien là dans son rôle; soutenir l'Etat, c'est encore soutenir un intérêt général. Cette dérogation au droit commun résulte de l'arrêté du 18 thermidor an IV.

Mais cette troisième exception en est-elle bien une véritablement, et existe-t-elle encore? En est-elle bien une véritablement? Ne pourrait-on pas dire que le Procureur de la République est, comme son nom l'indique, le procureur de la République, et que l'Etat, plaidant par son intermédiaire, plaide encore par procureur, son procureur à lui, qui ne se charge que de ses intérêts? Existe-t-elle encore? Cette question fut vivement discutée après la promulgation du Code de procédure civile. L'arrêté qui la créait était antérieur au Code; il avait été rendu au moment où les avoués étaient supprimés, et il avait eu pour but d'écarter les défenseurs officieux; on ne pouvait assimiler les avoués à ces défenseurs; puis l'article 1041 du nouveau Code abrogeait les lois, règlements et usages antérieurs, il avait donc abrogé l'arrêté du 10 thermidor, comme les

autres. La jurisprudence se divisa et on fut obligé de recourir au Conseil d'Etat. La docte assemblée, par un avis en date du 1^{er} juin 1807, trancha la difficulté. Elle décida que l'arrêté de thermidor n'était point abrogé et qu'il fallait le respecter.

A ces trois exceptions, qui sont celles généralement mentionnées par les auteurs, j'en joindrai une quatrième qui, à mon avis, en est une véritable. Le ministère public, plaidant comme partie principale, n'emploie pas d'avoué ; il est son propre procureur, et seulement à ce point de vue on pourrait dire qu'il n'y a pas là une véritable exception.

Une nouvelle dérogation au droit commun ne devrait-elle point être admise en matière sommaire ? Est-ce que, dans ces sortes de procès où l'intérêt litigieux est peu considérable, où la question à juger est généralement simple, on ne pourrait pas, sans nuire à une bonne justice, supprimer le ministère forcé des avoués ? Beaucoup de bons esprits le pensent. En effet, dans de pareilles demandes, quand bien souvent il n'y a qu'à présenter au tribunal un titre non contesté, établissant nettement le droit, la partie elle-même ne remettrait-elle pas aussi bien ce titre qu'un avoué ? Aucun conseil n'est à donner ou à recevoir dans ces affaires, aucun point délicat de fait ou de droit n'est à exposer ; on peut donc agir simplement et économiquement. On réplique que les affaires sommaires peuvent quelquefois, elles aussi, présenter de graves difficultés à résoudre. Les appels de justice de paix, les demandes n'excédant pas quinze cents francs peuvent soulever des questions de droit très difficiles et très ardues ; alors tous les motifs qui ont fait créer les avoués militent en faveur de leur maintien. A cette objection on fait deux réponses :

La même remarque, dit-on, pourrait être faite pour les justices de paix ; le législateur ne s'y est point arrêté et les plaideurs ne s'en plaignent pas. On ajoute : cette critique reviendrait à dire que les affaires sommaires ont été mal classées par le Code, et dans ce cas le remède serait vite trouvé, on ferait une nouvelle énumération de ces affaires, et on classerait les plus compliquées d'entre elles dans la catégorie des affaires ordinaires.

Telle est la théorie des réformateurs. Je la combattrai par des raisons pratiques. Qu'on étudie le tarif des matières sommaires (1), on verra combien sont minimes les émoluments des avoués dans de pareils procès ; rarement ils s'élèvent à quinze francs, jamais ils ne dépassent trente ; ils n'augmentent donc pas d'une façon exagérée les frais de procédure, surtout si l'on considère les conséquences de la réforme demandée : les parties s'adresseront à des agents d'affaires, gens présentant beaucoup moins de sécurité et de savoir que les avoués, et qui généralement demanderont des honoraires supérieurs à ceux fixés par le tarif actuel ; l'expérience de chaque jour le démontre. Le législateur ne pourra s'opposer à leurs prétentions, car il n'aura aucun droit sur ces représentants des plaideurs. La création de cette nouvelle exception au droit commun n'aurait donc qu'un résultat, priver les justiciables d'un bon conseil, qui souvent aurait épargné des frais et évité un mauvais procès. Elle amènerait aussi un retard considérable dans l'expédition des affaires, les plaideurs étant toujours beaucoup plus longs et plus confus dans l'exposé de leurs querelles que ne l'est l'officier ministériel, habitué à la barre. Le retard ainsi apporté au

(1) Tarif, art. 67.

jugement du procès, la perte de temps éprouvée par le justiciable, obligé de sacrifier à sa comparution au moins une journée, compenseront, et au delà, les quinze francs donnés actuellement à l'avoué.

En résumé, et sauf de très rares exceptions, la règle, en France, est celle-ci : devant les Tribunaux d'arrondissement, les Cours d'appel, la Cour de cassation, nul ne comparait, si ce n'est par procureur.

SECTION II.

De la Comparution au sens technique du mot.

Il résulte de la section précédente que le premier souci d'un justiciable voulant comparaître est de choisir l'avoué destiné à le représenter, de constituer avoué, suivant le langage technique. C'est là la première chose qu'il doit faire, et l'unique. Une fois son avoué constitué, son rôle personnel est fini ; il doit s'effacer derrière la personne de son représentant. Voilà pourquoi on a pu dire, comparaître c'est constituer avoué (1).

Cette constitution d'avoué est soumise à certaines règles ; nous allons les étudier.

(1) Le mot comparaître, pris dans ce sens, s'entend surtout du défendeur ; « comparaître, disent MM. Boitard, Colmet d'Aage et Glasson, dans leur *Précis de procédure civile*, page 194, c'est faire choix d'un avoué dans les délais d'ajournement, et notifier cette constitution au demandeur. » Je n'hésite pas à soutenir pourtant que les commentateurs ont également pris le mot comparaître dans le sens de constituer avoué de la part du demandeur. On distingue en effet dans notre procédure deux sortes de défaut, le défaut faute de comparaître et le défaut faute de conclure ; or le premier n'est jamais applicable au demandeur qui a dû forcément constituer avoué dans son exploit d'ajournement (art. 155) ; c'est donc

Nous nous placerons successivement au point de vue du demandeur et au point de vue du défendeur.

Comment le demandeur constitue-t-il avoué ? Quand est-il réputé l'avoir juridiquement constitué ?

Le demandeur constitue avoué en chargeant un de ces officiers ministériels du soin de son affaire. Ce mandat est suffisamment établi par la remise des pièces du procès. Entre l'avoué et son client, la constitution se fait par l'accord des volontés. Notons toutefois que, dans quelques cas exceptionnels, la loi, pour économiser les frais en diminuant le nombre des avoués en cause, désigne elle-même celui qui occupera pour plusieurs parties.

Ainsi, en matière de compte, les oyans qui ont un même intérêt doivent nommer un seul avoué, et, faute par eux de s'accorder sur le choix, le plus ancien est préféré. (Art. 529 du Code de procédure civile.) Ainsi, en matière de distribution par contribution, l'avoué le plus ancien des créanciers les représente dans les contestations sur le règlement provisoire. (Art. 661 et 667, Code de procédure civile.) Ainsi encore, en matière d'ordre, lorsqu'il s'élève des contestations sur le règlement provisoire, les créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque aux collocations contestées sont tenus, dans la huitaine après le mois accordé pour contredire, de s'accorder entre eux sur le choix d'un avoué ; sinon ils sont représentés par l'avoué du dernier créancier colloqué. (Art. 760, Code de procédure civile.) Ainsi enfin,

que, pour lui, on assimile à une comparution sa constitution d'avoué. Il est vrai que l'article 154 semble contredire cette théorie, mais, dans cet article, le mot comparaitre est employé dans son sens général, c'est là l'explication de cette contradiction apparente.

Du reste, une fois l'assignation lancée, la justice est saisie du procès, l'instance est introduite, on peut donc dire que le demandeur s'est en quelque sorte présenté devant la justice, a comparu ; et il n'a encore vu que son avoué pour le constituer.

si des difficultés naissent au sujet de la réception de la caution à fournir par un héritier bénéficiaire, les créanciers qui ont soulevé ces difficultés sont représentés par l'avoué le plus ancien. (Art. 994 du même Code.)

Mais, pour avoir constitué avoué au sens légal du mot, il ne suffit pas d'avoir confié à un de ces hommes de loi la direction de sa contestation, il faut encore avoir dénoncé ce choix à son adversaire. Le demandeur s'acquitte de cette obligation en indiquant son mandataire dans son exploit d'ajournement. Tout exploit introductif d'instance devant un tribunal du genre de ceux dont nous nous occupons doit contenir, à peine de nullité, l'indication de l'avoué choisi. Cette indication n'est soumise à aucune formalité sacramentelle. Ainsi l'omission du nom de l'avoué en tête du libellé, à la place où d'ordinaire s'inscrit cette mention, n'entraîne pas nullité, si cette omission est réparée par une indication postérieure de l'exploit, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des énonciations étrangères à l'acte lui-même (1). Une indication claire et précise, voilà tout ce qui est exigé.

A propos de cette constitution d'avoué, une question s'est posée. Il peut arriver qu'au jour de l'assignation l'avoué choisi soit mort, démissionnaire ou destitué, en un mot qu'il ait cessé ses fonctions. La constitution sera-t-elle valable, et l'acte d'assignation ne sera-t-il pas entaché de nullité comme ne contenant pas la constitution prescrite ? D'une part il semble impossible d'admettre sa validité ; cette constitution d'un avoué qui n'est plus avoué ne se comprend pas. D'un autre côté il paraît bien dur de prononcer la nullité d'un ajournement, nullité dont les consé-

(1) Cass. Requ. 5 juillet 1881. — Sirey, 83, I, 368.

quences pourront être fort graves, quand le demandeur n'a absolument rien à se reprocher. L'incident qui nous occupe peut en effet fort bien être le résultat d'un cas fortuit, imprévu, une mort subite, une mort violente, par exemple. La jurisprudence a été appelée à trancher la question, mais elle ne s'est pas encore formellement prononcée. On constate dans ses décisions une certaine hésitation, due aux sentiments que je viens d'indiquer : la doctrine à laquelle elle paraît s'être ralliée est la suivante. Les tribunaux annulent ou valident l'acte d'assignation suivant les circonstances (1). C'est pourquoi MM. Boitard, Colmet d'Aage et Glasson, dans leur *Précis de procédure*, recommandent avec raison aux plaideurs, quand ils ont lieu de redouter une pareille éventualité, de désigner subsidiairement un autre avoué. « C'est là, disent-ils, une précaution qui pare à toutes les chances fâcheuses d'un pareil fait (2). »

Passons maintenant au défendeur.

C'est en parlant de lui surtout qu'on peut dire, comparaitre c'est constituer avoué. Si dans les délais d'ajournement il a constitué avoué, il est censé avoir comparu ; on ne pourra prendre défaut contre lui.

Comme le demandeur, il constitue avoué par le choix qu'il fait d'un de ces officiers ministériels, et par le mandat qu'il lui confie, sauf toutefois les cas où ce choix lui est imposé par la loi, cas que nous avons indiqués précédemment. Une fois ce choix arrêté, pour que sa constitution

(1) Voy. pour la nullité : Limoges, 6 février 1841 ; Rennes, 21 octobre 1846. — Pour la validité : Grenoble, 6 décembre 1844 ; Cass., 15 mai 1836. — Dall. Rép., v^o *Exploits*, n^{os} 635, 636.

(2) Boitard, Colmet d'Aage et Glasson, *Précis de procédure civile*, tome I, p. 153.

soit valable, il le notifie au demandeur. Ceci se fait par acte d'avoué à avoué. (Art. 75 du Code de procédure civile.) L'avoué du défendeur déclare par écrit à celui du demandeur, sans l'emploi d'aucune formule sacramentelle, qu'il a charge d'occuper, et qu'il occupera, dans telle affaire, pour telle personne. Il signe l'acte et le fait signifier par un huissier audiencier à son confrère, dans la forme des actes d'avoué à avoué, à sa personne ou à son étude, peu importe.

Telles sont les formalités très simples par lesquelles le défendeur fait connaître son avoué à son adversaire et après l'accomplissement complet desquelles seulement il a comparu.

Cette règle n'est pas sans exceptions. Le défendeur peut aussi dénoncer son avoué directement à la barre, au moment où l'on va prendre défaut contre lui. A ce moment son avoué peut encore se lever et se constituer, c'est-à-dire déclarer au tribunal qu'il a charge et pouvoir d'occuper, et qu'il occupera, pour le défendeur. En semblable circonstance, l'acte de constitution doit être signifié dans le jour. La sanction de cette obligation n'est pas la nullité de la constitution et le défaut du défendeur : c'eût été trop dur d'attacher pareille conséquence à un oubli, une légèreté de l'avoué ; mais ce dernier s'expose à voir lever à ses frais le jugement par lequel le tribunal lui a donné acte de sa constitution. Ce jugement est en effet la seule preuve de la comparution de son adversaire que pourrait avoir le demandeur, et il peut avoir besoin de cette preuve dans son dossier. Ce procédé toutefois n'est pas toujours ouvert ; il n'est admis que lorsque la demande a été formée à bref délai : « Si la » demande a été formée à bref délai, le défendeur pourra,

» au jour de l'échéance, faire présenter à l'audience un
» avoué auquel il sera donné acte de sa constitution ; ce
» jugement ne sera point levé ; l'avoué sera tenu de réité-
» rer dans le jour sa constitution par acte ; faute par lui
» de le faire, le jugement sera levé à ses frais. » Ainsi s'ex-
prime l'article 76 du Code de procédure civile (1).

Faute de constituer avoué de l'une des deux manières indiquées, le défendeur est réputé défaillant, et on suit contre lui la procédure du défaut. Cette doctrine pourtant ne doit pas être acceptée dans toute sa rigueur ; elle comporte quelques ménagements. Le défaut de constitution ne permettrait pas, par exemple, le recours à la procédure du défaut, et l'on ne pourrait pas dire que le défendeur n'a pas comparu, si, dans le cours de l'instance, des actes d'avoué, débattus par le demandeur, avaient été signifiés. La discussion par ce dernier de pareils actes couvrirait le vice de procédure résultant de l'irrégularité de la constitution. La jurisprudence considère que, dans ce cas, la comparution n'en existe pas moins et que le demandeur a été suffisamment averti du nom de l'avoué de son adversaire. Cette jurisprudence a été établie par un arrêt de la Cour d'Aix du 26 février 1836, et elle n'a point été infirmée depuis (2). Il y aurait lieu de raisonner de la

(1) Dans la pratique on ne fait pas cette distinction entre les affaires ordinaires et les affaires intentées à bref délai. MM. Carré et Chauveau, sur l'art. 76, Bioche, au mot *constitution d'avoué*, n° 9, combattent cette extension donnée à la disposition qui nous occupe, et qui ne peut être admise que si l'avoué du demandeur n'insiste pas pour requérir défaut. — (Orléans, 2. déc. 1813.) — Voir à ce propos, Dalloz, J. G. v° *Avoué*, n° 153. Cette extension pourtant ne nous paraît présenter aucun inconvénient.

(2) Voir à ce propos Dalloz, *Code de procédure civile annoté*, édition de 1876, art. 76. — J. G. v° *Exploit*, n° 615. — L'arrêt de la Cour d'Aix était ainsi conçu : « Attendu que, bien qu'il soit reconnu et vérifié en fait que Boucherie, avoué du sieur Cramer, n'ait point fait d'acte de constitution d'avoué, il a signifié

même façon dans des circonstances semblables, et, par analogie, de décider que, chaque fois qu'il sera nettement prouvé que le demandeur a parfaitement connu l'avoué du défendeur et a pu se mettre en rapport avec lui, l'a fait, et a ainsi acquis la certitude de l'intention de son adversaire de se défendre, il sera mal venu à arguer de l'irrégularité de la constitution. De même un défendeur, dans le même cas, ne devrait pas être admis à soutenir qu'il a fait défaut faute de comparaître et que la voie de l'opposition applicable en pareille circonstance lui est ouverte.

Parlons rapidement, en terminant, de la révocation d'un avoué et de la constitution d'un nouvel avoué à sa place. La loi ne pouvait imposer à un plaideur l'obligation de conserver sa confiance à un avoué primitivement choisi, quand il s'aperçoit que cet officier ministériel n'en est plus digne ; elle lui a donc permis de révoquer cet avoué, mais elle lui a alors imposé le devoir de constituer immédiatement un nouveau mandataire ; on ne pouvait admettre en effet qu'en se mettant ainsi dans l'impossibilité de comparaître, un plaideur arrêtât le cours d'un procès. En révoquant votre avoué vous devez en constituer immédiatement un autre, sans quoi, vis-à-vis de votre adversaire, il continue à vous représenter, tandis que vous, vous ne pouvez plus parler par son organe. (Art. 75 du Code de procédure civile.)

Comment se fait cette révocation et cette nouvelle con-

une requête en défense du 16 janvier dernier, et autres actes d'avoué débattus par son adversaire, où il a déclaré, sous la foi de sa signature, qu'il comparait comme avoué, au nom de sa partie, ce qui produit cet effet que, déchu des droits du tarif pour un acte de forme non effectué, il a suffisamment et légalement fait connaître à son adversaire sa qualité pour régulariser la procédure, etc. — Voir, dans le même sens, arrêt de la Cour de Nîmes, 23 mai 1832. — Dalloz, J. G. v^o *Avoué*, n^o 158.

stitution? Pour le demandeur et le défendeur elles se font de la même façon, par acte d'avoué, comme la constitution ordinaire de l'avoué de la part du défendeur.

SECTION III.

Des Formalités qui précèdent et accompagnent la comparution en justice.

- § 1. — Des formalités à remplir par le demandeur avant la comparution.
- § 2. — Des formalités à remplir par le défendeur avant la comparution.
- § 3. — Des formalités qui accompagnent la comparution.

Nous avons indiqué dans les sections précédentes que, devant les Tribunaux d'arrondissement, les Cours d'appel, la Cour de cassation, la comparution se faisait par avoué; nous avons dit ce qu'étaient ces avoués, et ce qu'on entendait par ce mot, comparaître, devant ces juridictions.

Demandons-nous maintenant comment les avoués se présentent à la barre, au nom de leurs clients, comment en un mot ils comparaissent, en rendant à ce mot son sens général?

Ces hommes de loi n'ont-ils qu'à se rendre immédiatement au tribunal, dès qu'ils ont reçu leur pouvoir de leur mandant, et à y demander la parole? On comprend de suite qu'il ne saurait en être ainsi; les choses de la justice ne peuvent s'expédier aussi rapidement. Les procès doivent être pesés et réfléchis avant d'être discutés; ils ne doivent pas être le résultat d'un entraînement momentané, d'un instant de fougue ou de colère, mais celui d'un examen approfondi de la question, qui a montré le

bien fondé de la demande ou de la résistance. La comparution en justice, d'un autre côté, ne doit pas être unilatérale ; la lumière et la vérité ne ressortent que d'un débat contradictoire. Avant donc que le tribunal vous entende, il veut que vous ayez mis votre adversaire à même de se rencontrer avec vous devant lui, et de s'y rencontrer utilement, c'est-à-dire ayant eu le temps de réfléchir aux conséquences et aux chances de réussite du procès, de préparer sa défense, comme vous, votre attaque. Il veut également, et en cela il obéit à une idée inspirée par les philosophes du XVIII^e siècle, que les contestations judiciaires, du moins le plus grand nombre d'entre elles (art. 48 et 49 du Code de procédure civile), soient précédées d'une tentative de conciliation. Le législateur a donc prescrit les formalités que nous allons maintenant énumérer pour mettre la pratique d'accord avec la théorie et sanctionner sa volonté.

§ 1.

Des formalités à remplir par le demandeur avant la comparution.

Le demandeur doit d'abord inviter son adversaire à se présenter devant le tribunal. A cet effet il lui dénonce, par exploit d'huissier, le nom de son avoué, ses prétentions, leurs motifs. Il lui fixe par le même acte un délai pour comparaître, délai déterminé par la loi de telle façon que l'appelé puisse se rendre au siège du tribunal et à son tour constituer avoué, après avoir eu le temps d'examiner attentivement la demande et de réfléchir s'il devait y accéder ou, au contraire, résister aux prétentions manifestées. En un mot le demandeur doit assigner le défendeur.

Cette assignation est obligatoire ; l'invitation à comparaître ne saurait se faire autrement ; cela résulte des articles 59 et 456 du Code de procédure civile : « Art. 59. — Le défendeur sera assigné, etc. » Le mot *sera* est très clair et très impératif en même temps ; « art. 456. — L'acte d'appel contiendra assignation, etc. »

Ainsi, chez nous, toute comparution est précédée d'une assignation, et la comparution volontaire, celle que feraient les parties en se présentant devant le tribunal sans autre formalité préalable que la tentative de conciliation, et venant lui dire : « Nous sommes en désaccord sur tel point, nous n'avons pu arriver à nous entendre, nous sommes prêts à discuter nos prétentions, jugez-nous, » cette comparution, qui fut longtemps celle du droit romain, qui existe encore dans nos justices de paix, n'est point admise devant nos tribunaux ordinaires. Notre droit semble être parti de cette idée que, devant les tribunaux, seuls les adversaires qui ne sont même pas d'accord pour venir ensemble trouver le juge doivent comparaître. Il a craint peut-être aussi de multiplier les procès en les facilitant ; il a peut-être redouté que les parties, pouvant soumettre aussi simplement leurs affaires aux juges, ne les étudiassent pas suffisamment avant de les introduire, et que leur comparution ne fût la conséquence d'un mouvement passager et irréfléchi. Le résultat de cette comparution prématurée aurait été un premier débat oiseux inutile, qu'il aurait fallu recommencer et qui aurait fait perdre au tribunal un temps précieux, inconvénients évités par l'assignation, puisque celle-ci comporte des délais.

L'assignation, avons-nous dit, doit être donnée par huissier. Ce mode de procéder n'est pas sans danger. Dans l'état actuel de nos mœurs, il est réputé vexatoire ; il

aigrit les adversaires et envenime le débat plus qu'il ne le facilite. Il est en outre assez coûteux.

Pourquoi alors le conserve-t-on ? Parce qu'il est le moyen le plus sûr de toucher le défendeur de la demande, et de lui faire connaître exactement ce pourquoi on l'assigne. L'acte l'appelant en justice lui est donné par un officier public, qui affirme le lui avoir remis, à tel jour, de telle façon, lui avoir laissé une copie conforme de la demande, et qui indique comment il s'y est pris pour faire cette remise. On peut ainsi constater l'observation de toutes les formalités prescrites par la loi pour assurer l'arrivée des exploits à leur destination. Le défendeur ne pourra pas prétendre plus tard ne pas avoir eu connaissance du procès, ou en avoir eu connaissance postérieurement à la date de l'exploit ; la date de l'acte et son contenu sont certains, et, dès cet instant, sans avoir à redouter une erreur, on peut lui faire produire tous ses effets légaux. Le mensonge de la part de l'officier ministériel est si peu probable, puisqu'il le constituerait en état de crime et aurait pour lui les suites les plus graves, qu'il ne doit pas même être présumé ; et il faudrait la preuve, apportée par la procédure spéciale de l'inscription de faux, pour faire tomber cette présomption. Voilà l'immense service que rend l'huissier dans l'assignation ; il rend certains sa remise, sa date et son contenu, certitude sans laquelle les conséquences énormes attachées à cet acte, comme la déduction du droit en justice, la production d'intérêts par les sommes réclamées et l'interruption de la prescription, ne sauraient se produire. Jusqu'à ce jour, on n'a trouvé aucun procédé présentant au même degré cette certitude de remise, voilà pourquoi on a conservé l'antique assignation par huissier, dont nous avons hérité du Bas-Empire

romain, époque à laquelle elle était donnée par les *executores*, sorte d'huissiers de ce temps.

Les perfectionnements apportés depuis quelques années dans certains services publics, notamment dans le service de la poste, et celui de la gendarmerie, mais surtout dans celui de la poste, ont fait penser que le moment était peut-être venu d'abandonner le vieil usage et de recourir à un procédé moins blessant et moins coûteux d'appel en justice.

On a constaté que les lettres recommandées manquaient si peu souvent leur destination, qu'avec les règlements administratifs relatifs à la remise de ces lettres, on savait si bien ce qu'elles étaient devenues, à qui elles avaient été remises et quand elles l'avaient été, qu'on a pensé à confier à l'administration des postes le soin de donner les assignations. La poste serait ainsi l'huissier universel. On a été d'autant plus amené à croire à la bonté de cette réforme que, dans la pratique, la sécurité résultant de la remise de l'exploit par l'huissier diminue beaucoup par la constatation de ce fait, coupable il est vrai, mais qui n'en existe pas moins, que ce ne sont pas souvent en réalité les huissiers, officiers ministériels, qui remettent les exploits, mais leurs clercs, gens sans caractère officiel et ne présentant à aucun degré les garanties désirables. L'exemple de ce qui se passe à l'étranger, et notamment en Allemagne, où, depuis 1877, époque où fut appliqué le nouveau Code de procédure, qu'on s'accorde généralement à reconnaître comme une œuvre législative supérieure au nôtre, l'assignation est ainsi donnée par la poste, milite fortement en faveur de cette opinion (1).

(1) Les choses se passent ainsi : l'huissier, et dans certains cas, lorsque les affaires sont de la compétence des tribunaux de bailliage, le greffier dresse la copie de

M. de la Grasserie, juge au tribunal de Rennes, s'est inspiré de ces idées dans son projet de réforme judiciaire, et propose de faire ainsi donner l'assignation : « Le de-
» mandeur irait trouver le greffier communal ou le sub-
» stitue de celui-ci, l'instituteur de son propre domicile,
» et sans déplacement lui exposerait son affaire, ou lui
» en remettrait une note, et lui ferait rédiger devant
» lui l'assignation. Cette assignation consisterait en une
» lettre, que l'instituteur copierait sur un registre, exposant
» la demande, et qu'il adresserait par la poste et sous pli
» recommandé au défendeur ; en même temps il averti-
» rait le greffier du tribunal devant lequel on assigne.
» L'administration des postes, saisie de cette lettre, la
» remettrait au facteur du lieu de destination ; ce facteur
» à son tour la livrerait contre reçu au défendeur ; si
» celui-ci ne sait pas signer, l'affirmation du facteur est
» crue jusqu'à inscription de faux.

» S'il ne peut remettre la lettre à personne, il la dépose
» entre les mains de l'instituteur, qui l'en décharge. Celui-ci
» fait toutes diligences pour opérer la remise. Si le défen-
» deur est non présent, on peut laisser la lettre à sa femme
» ou à ses enfants âgés de plus de seize ans, demeurant
» avec lui, et qui émargent.

» Si le défendeur a changé de domicile, on transmet la
» lettre au nouveau domicile par lui déclaré ; à défaut de
» cette déclaration, elle reste déposée entre les mains de

l'acte à signifier, l'insère dans une enveloppe qu'il ferme de son sceau, et la dépose à la poste, le facteur remet l'enveloppe à son adresse et dresse acte de la remise ; l'acte de signification est envoyé par le bureau de poste à l'huissier ou au greffier. Les significations peuvent bien encore être faites par huissier, mais si ce dernier mode doit entraîner des frais plus élevés que l'autre, l'excédent de ces frais reste à la charge de la partie ou de l'huissier.

» l'instituteur, et le tribunal ainsi que le demandeur en
» sont avisés.

» S'il y avait erreur de domicile, alors on retourne
» cette lettre au demandeur qui doit faire ses recherches (1). »

Il y a bien des choses dans ce projet, qui mériterait une étude approfondie et de longues méditations; nous en retiendrons seulement ceci, l'emploi de la poste à la place de l'huissier.

D'autres avaient proposé de confier ce service à la gendarmerie, à cause de l'exactitude extrême apportée dans leur service par les soldats de cette arme.

Ces procédés seront-ils supérieurs à l'ancien, et doivent-ils le remplacer? C'est assez difficile à dire avant de les avoir expérimentés. L'expérience toutefois a réussi en Allemagne; en France même, depuis quelque temps, ce système existe officieusement, sinon officiellement, et personne ne s'en plaint. En matière correctionnelle, les prévenus ou les témoins ne sont plus cités à comparaître par exploit d'huissier, mais par simple lettre. Les parquets réalisent ainsi de grandes économies pour le Trésor, car rarement ils sont obligés de recourir à l'assignation par suite du refus des justiciables de répondre à leurs invitations. Un autre avantage du nouveau système, qui ne serait pas le plus mince, serait l'ignorance par tous autres que l'intéressé des ennuis qu'on lui cause. On ne fait point attention à l'arrivée du facteur dans un domicile; tous les yeux sont ouverts quand un huissier va instrumenter; on le guette, on le suit pour savoir où il se rend; les voisins commentent sa venue, au plus grand préjudice

(1) *Revue de la Réforme judiciaire*, année 1885, n° 5, p. 541.

toujours de l'assigné. L'appel en justice cesserait ainsi d'être vexatoire et d'aigrir les plaideurs.

Néanmoins, quel que soit le procédé employé, il ne présentera pas au même degré le caractère de certitude de l'assignation. Il sera donc sage de conserver le ministère des huissiers pour les cas graves, pour ceux où il importe d'être exactement fixé sur le moment de la remise de l'exploit, comme quand il y aura urgence à assigner, ou qu'il faudra interrompre une prescription à la veille de s'accomplir; mais alors l'excédent de frais sera toujours à la charge du demandeur négligent, qui aura attendu le dernier moment pour protéger ses droits.

Une fois cette assignation lancée, le demandeur doit prévenir le tribunal du jour où il se présentera devant lui. Il faut en effet qu'à ce jour un certain ordre ait été mis dans l'appel des causes; on ne pouvait permettre aux plaideurs de se présenter brusquement devant leurs juges, et, tous à la fois, de demander la parole, de discuter sur le rang qui leur serait assigné. C'eût été créer une cause de désordre, incompatible avec le bon fonctionnement de la justice.

Il est utile aussi qu'avant la comparution des justiciables le tribunal puisse, s'il le veut, se rendre un compte rapide et sommaire de ce qu'ils lui exposeront, et qu'à cet effet les prétentions du demandeur, au moins, lui soient brièvement soumises.

En conséquence, l'avoué de ce dernier doit, la veille au plus tard du jour où il se présentera à l'audience, se rendre au greffe du tribunal, et y faire inscrire la cause sur le registre du rôle (article 19 du décret du 30 mars 1808); il doit en même temps déposer un écrit, appelé *placet*, dans lequel il a résumé les prétentions de son client et rédigé ses conclusions. (Art. 71 du même décret.)

Ces formalités remplies, les délais d'assignation et ceux d'instruction, au cas de constitution d'avoué de la part du défendeur, écoulés, le demandeur peut se présenter valablement devant le tribunal, il sera écouté. Dans les affaires contradictoires toutefois, il doit encore auparavant dénoncer l'audience à son adversaire au moyen d'un acte d'avoué à avoué, appelé avenir. Cet acte, comme la constitution, n'exige l'emploi d'aucune formule sacramentelle. L'assignation a eu pour but d'inviter l'adversaire à constituer avoué, et de lui indiquer le jour où on demandera contre lui justice, s'il ne répond pas à cette invitation. L'avenir suppose un avoué constitué de la part du défendeur, et il fait savoir à cet avoué le jour où il devra comparaître devant le tribunal, au nom de son client, contradictoirement avec celui du demandeur. C'est le moyen d'assurer la comparution simultanée des deux parties et de permettre au demandeur de solliciter défaut contre son adversaire, au cas de non comparution de sa part; l'avenir prouve que cet adversaire a été prévenu du jour où il devait comparaître à la barre, et qu'il y a faute de sa part à ne pas avoir déféré à cet ordre.

Les formalités dont nous avons parlé jusqu'ici sont celles qui doivent être observées dans toutes les instances. Voyons maintenant celles que l'on ne rencontre que dans certaines causes particulières.

Dans un grand nombre d'affaires, indiquées aux articles 48 et 49 du Code de procédure civile, l'assignation doit être précédée d'une tentative de conciliation. Le demandeur doit appeler son adversaire devant le juge conciliateur pour essayer de terminer le différend à l'amiable, et d'étouffer, si possible, le procès dans son germe. Cette prescription a été inspirée par les idées des philosophes du XVIII^e siècle;

elle est le résultat d'une conception idéale de l'homme, qui le suppose toujours prêt à écouter les sages avis de la raison. Le demandeur est dispensé de ce préliminaire en appel; et, à plus forte raison, devant la Cour suprême. Une première tentative a échoué, une seconde ne réussirait pas mieux, surtout après les froissements forcément occasionnés par la première instance.

Dans les affaires qui sont portées à un tribunal d'appel, ou à la Cour de cassation, le demandeur doit, avant sa comparution, consigner une certaine amende, du versement de laquelle il justifie par une quittance du receveur de l'enregistrement. (Art. 471 du Code de procédure civile, — 90 § 11 du tarif.) L'Etat seul est exempté de cette formalité. (Loi du 2 brumaire an IV, art. 17.) Cette amende est de 5 francs pour les appels de justice de paix, de 10 francs pour ceux des tribunaux d'arrondissement, de 75 ou de 150 francs pour les pourvois. (Art. 471, Code de procédure civile; — art. 1, décret du 14 brumaire an V.) Elle est perdue pour l'appelant s'il succombe dans son appel; c'est le dernier vestige subsistant dans notre législation de la peine imposée autrefois au plaideur téméraire.

Dans les affaires portées devant la Cour suprême, la seule formalité à remplir par le demandeur, avec la consignation de l'amende, est le dépôt au greffe de la Cour de sa requête contenant constitution de son avocat.

Quand le demandeur est étranger, il doit, si son adversaire l'exige, lui fournir la caution *judicatum solvi*, c'est-à-dire lui donner des garanties que, s'il vient, lui défendre, à gagner son procès, il pourra toujours recouvrer contre le demandeur les frais qu'il aura avancés. Il était à craindre en effet qu'un étranger, après avoir intenté un

mauvais procès en France à un Français, et l'avoir perdu, ne retournât dans son pays, où le jugement le condamnant aux frais et aux dommages-intérêts ne serait plus exécutoire, et ainsi ne laissât à la charge de notre compatriote les frais de procédure qu'il l'aurait forcé d'avancer. C'eût été un moyen de vexation trop commode mis à la portée des étrangers contre nos nationaux. Il fallait parer à ce danger, et telle fut la raison de la *cautio judicatum solvi*. Tous les étrangers sont assujétis à cette nécessité, sauf ceux qui en sont relevés par des traités diplomatiques, et de ce nombre sont les Suisses, les Espagnols, les Italiens (Dalloz, *Codes annotés*, art. 166), les Serbes (traités du 18 juin 1883), et d'autres encore. Ceux qui ont été autorisés à établir leur domicile en France, ou qui y possèdent des immeubles en quantité suffisante pour tranquilliser le défendeur, en sont également dispensés, ainsi que ceux qui plaident contre d'autres étrangers. Cette dernière exception résulte de la place occupée dans le Code civil par l'art. 16, établissant la caution, immédiatement après l'art. 15, qui prévoit l'hypothèse d'une instance entre étrangers et Français. L'étranger défendeur n'y saurait prétendre, à moins d'avoir été admis à la jouissance des droits civils en France. C'est là en effet un droit propre aux nationaux et qui leur a été donné dans un but de protection nationale ; cela du reste est de toute justice ; deux étrangers plaident en France l'un contre l'autre ne doivent-ils pas être placés sur le pied d'égalité ?

Enfin une autre formalité préliminaire doit être remplie par le demandeur quand l'adversaire auquel il veut s'adresser est une commune ou un établissement public. Il doit alors au préalable adresser un mémoire au préfet du département d'où dépend ladite commune, et ce n'est qu'après

l'autorisation donnée par le Conseil de préfecture à la commune de défendre, ou, à défaut de cette autorisation, après l'écoulement d'un délai de deux mois après le dépôt de son mémoire au greffe du Conseil, qu'il peut forcer la commune à comparaître. (Article 124 de la loi municipale du 5 avril 1884.) Le législateur a voulu protéger d'une façon toute particulière les communes; il n'a pas voulu leur laisser exposer des frais de procédure inutiles, voilà pourquoi il a prescrit que toute affaire les concernant serait d'abord examinée par leur protecteur légal, le Conseil de préfecture, qui les engagerait à ne pas se laisser poursuivre s'il les jugeait mal fondées dans leurs prétentions, ou, tout au moins, ne leur laisserait supporter que les frais d'une procédure par défaut, au lieu de ceux plus considérables d'une procédure contradictoire, si la commune, n'écoulant pas ses avis, persistait dans son attitude. Une commune en effet ne peut comparaître, même comme défenderesse, qu'autorisée spécialement à cet effet par le Conseil de préfecture. Quand elle est demanderesse, c'est à elle à se munir de cette autorisation avant de lancer son assignation. (Art. 121 de la loi municipale précitée.) Ce que je viens de dire des communes s'applique également aux établissements publics tels qu'hôpitaux, établissements de charité, bureaux de bienfaisance, menses épiscopales et autres.

Dans le même ordre d'idée notons qu'un tuteur ne peut intenter certaines actions de ses pupilles qu'après avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille (art. 464, 817, Code civil), une femme mariée plaider sans s'être munie de l'autorisation maritale ou de justice.

Dans l'ancien droit, une formalité était encore exigée des plaideurs avant leur comparution. Ils devaient faire

ce que l'on appelait : prendre des présentations, c'est-à-dire se rendre avant l'audience au greffe du tribunal, et y inscrire leur nom et celui de leur procureur sur un cahier spécial, dit cahier des présentations. Cette formalité était absolument inutile, son seul but était un intérêt fiscal, son seul résultat, créer des nullités de procédure, car ces présentations étaient exigées du demandeur et du défendeur, à peine de nullité de la sentence, et de cent livres d'amende. Elles furent abolies avec l'Ordonnance, et elles n'offrent plus aujourd'hui qu'un intérêt historique.

§ 2.

Des formalités à remplir par le défendeur avant sa comparution.

La seule formalité à remplir par le défendeur est la constitution d'un avoué. Il est attaqué, il doit se défendre; le droit de défense est un droit imprescriptible et sacré que rien ne doit entraver; aucune formalité ne doit venir gêner son libre exercice. Dans le droit romain, avant de plaider, le défendeur devait fournir certaines cautions, dont la principale était la *cautio judicatum solvi*, qui n'a rien de commun avec la caution *judicatum solvi* de notre droit, et qu'il ne faudrait point confondre avec elle. Cet usage n'a pas passé dans notre législation. Il convient toutefois de remarquer que les communes et les établissements publics, même en défendant, ne peuvent ester en justice sans y avoir été préalablement autorisés par le Conseil de préfecture, mais c'est à leurs adversaires à demander cette autorisation.

§ 3.

Des formalités qui accompagnent la comparution.

Une fois toutes ces formalités préliminaires accomplies, les avoués des parties se rendent à l'audience, au palais de justice, aux jour et heure indiqués ; ils sont revêtus de leurs insignes, la toque, la toge noire en laine à larges manches, et le rabat (1). Ils peuvent être accompagnés des parties elles-mêmes et de leurs avocats, quand elles ont jugé utile de se faire assister d'un avocat. A l'appel de la cause fait par l'huissier audiencier, les avoués s'avancent à la barre et lisent, tête nue, leurs conclusions. Celui du demandeur parle le premier, celui du défendeur lui succède, puis la discussion du procès commence.

Dans le temps qu'ils sont en présence du tribunal, les avoués, comme les parties, doivent conserver une attitude correcte et digne, pleine de respect pour la justice devant laquelle ils se trouvent, s'exprimer avec modération et décence, n'attaquer leurs adversaires que dans la stricte limite où ils y sont forcés par les besoins de la cause, et encore ne le faire qu'avec une extrême prudence. La sanction de ces règles est l'expulsion de la salle d'audience, la prison ou l'amende pour les justiciables, des peines disciplinaires pour les avoués. (Art. 88 et suiv. Code de procédure.) (2)

(1) C'est le costume qu'assigne aux avoués l'arrêté consulaire du 2 nivôse an XI.

(2) Les ordonnances des rois disaient déjà : « Et toutes les resons à destruire la partie adverse si doit dire courtoisement, sans vilenie dire de sa bouche ni en fait, ni en droit. » — « Ne procéderont par paroles injurieuses contre la partie adverse ou autres. » (Ordonnances de Philippe VI en 1454, de Charles VII en 1457.)

Ainsi se fait la comparution par avoué ; elle n'est terminée que lorsque les parties ont échangé leurs conclusions, ont lié l'instance pour parler le langage technique ; jusqu'à là le défendeur peut faire défaut en ne concluant pas : on ne peut donc dire qu'il a comparu.

CHAPITRE III.

DE LA COMPARUTION PERSONNELLE.

SECTION I. — De la comparution devant les Justices de paix. — De la personnalité de cette comparution. — Des formalités qui la précèdent et l'accompagnent.

SECTION II. — De la comparution devant les Tribunaux de commerce. — De sa personnalité. — Des agréés. — Des formalités exigées.

SECTION III. — De la comparution devant les Conseils des prud'hommes.

SECTION IV. — De la comparution devant le juge des référés.

Nous parlerons dans ce chapitre de la comparution personnelle, c'est-à-dire du second mode de comparution dont nous avons constaté l'existence dans notre législation.

Cette comparution se fait sans aucun ministère d'avoué ; les parties elles-mêmes, ou représentées par un mandataire quelconque, viennent à la barre et y exposent leurs griefs. Nous rencontrons ce mode devant les justices de paix, les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes, et la juridiction des référés ; nous consacrerons une section spéciale à chacun de ces tribunaux, section dans laquelle nous indiquerons les particularités de la comparution devant chacun d'eux.

SECTION I.

De la Comparution devant les Justices de paix. De la personnalité de cette comparution. Des formalités qui la précèdent et l'accompagnent.

§ 1.

Le législateur n'a pas cru devoir maintenir devant ces juridictions le ministère obligatoire des avoués. Il a pensé que les causes portées devant les justices de paix avaient un intérêt minime, roulaient sur de petites sommes, que les frais pour elles devaient donc, autant que possible, être diminués; qu'elles n'étaient pas aussi compliquées, aussi difficiles que les causes ordinaires, que l'assistance d'un jurisconsulte n'était par suite pas nécessaire.

Ces deux arguments sont assez peu probants. Les juges de paix ont souvent à apprécier des questions aussi délicates que les autres tribunaux; un procès portant sur 100 francs peut présenter toutes les difficultés juridiques et toutes les complications d'un procès plus important. Les questions possessoires, qui sont de leur compétence, passent à bon droit pour une des parties les plus ardues de notre procédure. Quant à l'économie des frais de justice, elle existe plus de nom que de fait. Généralement les plaideurs remettent leurs causes entre les mains d'agents d'affaires, dont le ministère est plus coûteux que ne le serait celui d'avoués tarifés. Le coût seul de la procuration qu'ils doivent leur donner représente l'honoraire qu'un tarif bien fait allouerait aux avoués, dispensés de cette procuration. Un

ouvrier ne gagnerait-il pas à donner 5 francs à un mandataire plutôt que de perdre deux, et quelquefois trois journées, à venir lui-même plaider sa cause ? Ajoutons que cette comparution personnelle enlève aux débats judiciaires la gravité qu'ils devraient toujours avoir. Trop souvent nos justices de paix présentent plutôt l'aspect d'un lieu de discussion que d'un endroit où l'on rend la justice. Si l'on considère en outre que ce mode encourage les procès en diminuant quelquefois les frais, que souvent les parties ne viennent au tribunal que pour avoir l'occasion de se dire en public de dures vérités, et bien qu'elles sachent mauvais leur procès ; que le juge ne peut pas toujours les contenir dans de justes limites, à moins de les frapper de peines sévères, ce qui est toujours regrettable, on devient sceptique sur la réelle supériorité de cette comparution personnelle tant vantée. Théoriquement, idéalement, on s'incline devant elle, c'est elle que conçoit la raison pure ; pratiquement on hésite et on se demande si ses avantages ne sont pas compensés par ses inconvénients, et si là, comme ailleurs, ne devraient pas exister des intermédiaires forcés entre le juge et les plaideurs, intermédiaires tarifés et soumis à la surveillance de l'autorité, après avoir été choisis par elle à raison de leur savoir et de leur probité.

Le seul motif qui semble absolument bon à invoquer en sa faveur est que le législateur a voulu voir dans ces tribunaux de paix, comme du reste leur nom l'indique, moins des tribunaux chargés de trancher les différends avec la seule arme du droit, que des tribunaux de famille, ayant pour mission de tenter la conciliation, à tout moment, même pendant les débats judiciaires, et de chercher surtout à arriver à un arrangement amiable. Or, incontestablement, grâce à l'influence plus grande du juge sur

les plaideurs que sur des hommes de loi, la comparution personnelle donnera plus facilement le résultat cherché que la comparution par avoué. Les avoués voient trop le droit, pas assez le sentiment.

Bref, devant les justices de paix, la règle est celle-ci, tout opposée à celle appliquée devant les Tribunaux d'arrondissement et les Cours : la comparution est personnelle. Les parties viennent elles-mêmes à l'audience. C'est là le vœu du législateur, et, si elles se font représenter par un mandataire, le juge de paix n'en conserve pas moins le droit d'appeler à sa barre le mandant lui-même, afin de lui conseiller la modération et l'apaisement. (Circulaire ministérielle du 6 juin 1838.)

Un mandataire, avons-nous dit, peut représenter les parties ; il le peut à la condition de ne pas violer la règle, *nul ne plaide par procureur*, applicable ici comme à toutes les matières de notre droit. Ce mandataire est un mandataire ordinaire, un mandataire dans toute l'acception du mot, soumis par conséquent à toutes les règles du mandat, telles qu'elles sont exposées au Code civil. Il peut donc être un citoyen ordinaire, une femme mariée, un mineur émancipé. Il y aurait violation du droit de défense, excès de pouvoir, si le juge de paix repoussait le mandataire d'une partie. Une circulaire ministérielle du 6 juin 1838 semble accorder aux juges de paix le droit d'écarter l'intervention de tout procureur qui ne leur paraîtrait pas digne de la confiance qu'on lui a témoignée. Elle va au delà de la loi ; elle est contraire au principe de la liberté du mandat ; on peut souhaiter que ce qu'elle prescrit passe du domaine du vœu au domaine du fait, mais jusqu'à présent cela n'est pas ; nous sommes régis par l'article 9 de la loi du 25 mai 1838, et cet article n'exige aucune condition du fondé de

pouvoir ; il peut donc être quelconque, même le plus méprisable des hommes. Nous pouvons le regretter, mais nous devons nous incliner.

La loi n'a fait exception que pour une seule catégorie d'individus, les huissiers : « Dans les causes portées devant les justices de paix, aucun huissier ne pourra assister comme conseil, ni représenter les parties en qualité de procureur fondé, à peine d'une amende de vingt-cinq à cinquante francs qui sera prononcée sans appel par le juge de paix. Ces dispositions ne sont pas applicables aux huissiers qui se trouvent dans l'un des cas prévus par l'article 86 du Code de procédure civile. » (Article 18 du 25 mai 1838.) Ainsi, à moins d'être le mari, le parent, l'allié en ligne directe ou le tuteur de son mandant, un huissier ne peut venir postuler pour autrui en justice de paix. La loi du 6 mars 1791 édictait déjà cette règle, mais le silence du Code avait fait naître la question de savoir si, après sa promulgation, la défense posée dans la loi de 1791 existait toujours. La loi de 1838 est venue trancher le débat. On a craint que les huissiers, par amour de la chicane, afin de toucher les honoraires des actes qu'ils signifieraient dans les affaires où ils seraient conseil, ne poussassent les parties dans des procès insoutenables et ne les engageassent, sans motif sérieux, à intenter une action. En un mot cet article a été dicté par la défiance inspirée par les huissiers. Il est général, et ne s'applique pas seulement aux huissiers du canton où siège le tribunal, comme quelques-uns ont essayé de le soutenir. Tous les avis sont actuellement unanimes à cet égard (1).

A part ces officiers ministériels, toute personne peut re-

(1) Curasson, tome II, p. 899.

présenter un plaideur devant un juge de paix, même les avoués, et je les nomme à dessein parce qu'autrefois ce point avait été discuté. La loi des 18-16 octobre 1790 excluait de cette fonction tous ceux qui, à un titre quelconque, étaient attachés ou avaient une fonction relative à l'ordre judiciaire, elle excluait donc implicitement les avoués, comme les huissiers. La loi du 6 mars 1791 les nommait en toutes lettres comme étant inaptes à être mandataires judiciaires devant les tribunaux de paix. Après la promulgation du Code, la même question se posa pour eux que pour les huissiers; ces lois de 1790 et 1791 existaient-elles toujours? Une circulaire ministérielle du 15 mars 1822 répondait oui; la jurisprudence, et notamment un arrêt de la Cour de Bourges, du 2 février 1825, répondait non. Aujourd'hui la question ne peut plus se poser. Tout le monde peut être mandataire en justice de paix, voilà le principe général. Pour y déroger il faut une exception formelle, or cette exception n'existe pas pour les avoués; l'article 18 de la loi de 1838 ne parle que des huissiers, c'est donc qu'elle n'a voulu exclure de cette mission que les huissiers; les textes dérogatoires ne s'étendent pas. Du reste on comprend parfaitement ce qu'a fait le législateur de 1838. Il n'a pas voulu se montrer sévère vis-à-vis d'hommes qui, plus que tous autres, sont à même d'être d'excellents représentants. Il n'y a plus lieu aujourd'hui d'avoir à leur égard la défiance que leur témoignaient les lois de 1790 et 1791; cette profession s'est beaucoup relevée, et les titulaires des charges d'avoué ne sont plus les procureurs chicaniers et rapaces de l'ancien régime.

Sachant qui peut être mandataire devant les justices de paix, une autre question se pose : Comment le manda-

taire prouvera-t-il son mandat? Pour les avoués, devant les tribunaux ordinaires, existe une présomption en vertu de laquelle la seule détention des pièces du procès établit, aux yeux du juge, leur mission. Il n'en est plus de même ici, à cause de la liberté du mandat; le mandataire doit être assisté de son mandant, ou être porteur d'une procuration spéciale.

On s'est demandé si un avoué avait aussi besoin de cette procuration, ou si la présomption qui le couvre devant les tribunaux auprès desquels il exerce, se continuait devant ceux-ci. Je ne comprends pas cette question.

Les immunités des avoués résultent de la procédure du désaveu, à laquelle ils sont soumis; or le titre du désaveu se trouve au livre II du Code de procédure, où il n'est question que de la procédure devant les Tribunaux d'arrondissement et les Cours d'appel, cette procédure ne saurait donc s'appliquer en justice de paix. Du reste la présomption de mandat existant en faveur des avoués tient à l'obligation de leur ministère devant les tribunaux auprès desquels ils sont nommés. Une partie, pour comparaitre devant ces tribunaux, doit recourir aux bons offices d'un avoué, il est donc naturel de supposer que celui qui se présente en son nom est celui-là même qu'elle a choisi; il n'en est plus ainsi devant les justices de paix, où la comparution est personnelle. La présomption de mandat en faveur de l'avoué est trop diminuée pour qu'elle puisse tenir lieu de preuve. Devant les tribunaux cantonaux, l'avoué n'est plus avoué, il n'est plus que simple particulier, et, par conséquent, soumis aux règles ordinaires.

En résumé, la personnalité, telle est la première règle de la comparution en justice de paix; sans la condamner, nous ne nous en faisons pas le chaud défenseur; la liberté

presque absolue dans le choix du mandataire, voilà la seconde règle, et celle-là nous la combattons énergiquement. Recevoir mission de représenter un justiciable en justice est un honneur, l'accepter est encourir une grosse responsabilité. Permettre de confier ce soin au premier venu, c'est priver les citoyens d'une protection nécessaire, c'est les laisser se jeter dans les bras de ces chicaneurs sans vergogne qui assiègent les portes des petits tribunaux, au plus grand détriment de la bonne justice.

§ 2.

Etudions maintenant les formalités qui précèdent et accompagnent la comparution en justice de paix.

Mettons de suite de côté le défendeur. Il n'a rien autre chose à faire qu'à se rendre à l'audience, au jour et à l'heure indiqués par la citation.

Quant au demandeur, il ne peut se comporter d'une façon aussi simple. Il doit d'abord appeler son adversaire en conciliation, sauf dans des cas exceptionnels et déterminés par la loi, quand il y a péril en la demeure, ou que les deux adversaires n'habitent pas le même canton. (Art. 17, loi du 25 mai 1838.) Il le fait au moyen de ce qu'on appelle un billet d'avertissement, c'est-à-dire d'une lettre qu'il fait adresser par le juge au défendeur, et dans laquelle il l'invite à se trouver avec lui, tel jour, à telle heure, devant le juge pour se concilier, si faire se peut, sur la demande qu'il est dans l'intention de lui intenter. Si cette tentative de conciliation ne réussit pas, le demandeur envoie à son adversaire une citation, c'est-à-dire un exploit d'huissier, introductif d'instance, assignant un jour et une heure pour

comparaître, et contenant l'indication, au moins sommaire, des moyens d'attaque. Les conditions de régularité et de validité de cet acte sont tout au long énumérées dans les articles 1 à 6 inclusivement du Code de procédure civile. Un certain délai légal doit s'écouler entre le jour de sa remise et le jour de la comparution.

Tout en organisant la citation, qui devait s'appliquer au défendeur récalcitrant, le législateur a permis la comparution volontaire. « Les parties pourront toujours se présenter volontairement devant le juge de paix, » est-il dit à l'article 7 du Code de procédure civile. La seule formalité qu'elles auront alors à remplir sera de présenter au juge une demande signée d'elles, ou bien où mention sera faite qu'elles ne savent ou ne peuvent signer, et par laquelle elles demanderont justice. (Art. 7, § 2, Code de procédure civile.) Sur la simple présentation de cette demande elles seront admises à comparaître. Les raisons qui ont fait rendre obligatoire l'assignation devant les tribunaux ordinaires n'existent plus ici en effet. Les affaires sont généralement simples et n'exigent pas une longue préparation ; on pouvait craindre en outre que la citation ne fût considérée comme une vexation et ne rendit toute conciliation ultérieure impossible ; or, devant les justices de paix, la conciliation doit toujours être cherchée ; l'économie de frais y est aussi une règle dominante, et cette économie a été prise en considération quand il s'est agi de permettre devant elles la comparution volontaire.

Arrivons maintenant à la comparution elle-même. Appelées par l'huissier audiencier, auquel le demandeur, au début de l'audience, a remis son exploit de citation, les parties, ou leurs mandataires, viennent à la barre, et le juge leur donne la parole. Elles doivent se tenir debout, tête

nue, dans l'attitude du respect, vêtues convenablement. Elles sont tenues de s'expliquer avec modération, et de garder en tout le respect dû à la justice. Si elles y manquaient, le juge les rappellerait à leur devoir par un premier avertissement ; en cas de récidive elles seraient condamnées à une amende, qui n'excéderait pas la somme de dix francs, avec affiches du jugement, dont le nombre n'excéderait pas celui des communes du canton. (Art. 10, Code de procédure civile.) Si elles se laissaient emporter à des insultes ou à des irrévérences envers le magistrat, celui-ci en dresserait sur-le-champ procès-verbal, et pourrait les condamner à un emprisonnement de trois jours au plus. (Art. 11 du même Code.)

On remarque de suite que le législateur a pris ici de plus grandes précautions, pour assurer la dignité des débats judiciaires, que lorsqu'il s'occupait des tribunaux d'arrondissement. C'est que devant ces derniers ne comparaissent que des hommes de loi, dont il n'y a guère à craindre les écarts et les emportements, écarts et emportements du reste prévus et punis par des règlements de discipline intérieure, et dont, par conséquent, le Code n'avait point à s'occuper. Il n'en était plus de même devant nos nouvelles juridictions, où nous ne rencontrons plus d'avoués ; les parties sont ici directement en contact avec le tribunal ; elles apportent au prétoire leurs passions, leur emportement, leur violence ; il fallait donner au juge le moyen de les contenir, de leur faire garder vis-à-vis de lui et vis-à-vis de leurs adversaires une attitude correcte.

Une question pourrait se poser ; lorsqu'un avoué ou un avocat viennent représenter ou assister un plaideur en justice de paix, et qu'ils se laissent aller à des oublis blâmables, tombent-ils sous le coup des articles 10 et 11

du Code de procédure civile, ou sont-ce au contraire leurs règlements disciplinaires qui leur sont applicables, le blâme ou la suspension? Pour les avoués, je n'hésite pas un instant à dire que seuls leur sont applicables les articles sus-indiqués. Là en effet ils ne sont plus avoués (Dalloz, J. G. v^o *Défense*, n^o 266), ils sont des mandataires ordinaires et sont soumis aux mêmes règles que les autres comparants. Quant aux avocats, j'inclinerais vers la solution contraire. Ils sont en effet partout, et devant toutes les juridictions, des avocats. Si dans l'exercice de leurs fonctions ils commettent des fautes, ils devront être punis comme il est dit dans leur charte, c'est-à-dire, interdits, reprimandés ou suspendus, mais les lois relatives aux simples justiciables ne sauraient leur être applicables.

Nous avons indiqué au chapitre précédent que les communes et les établissements publics ne pouvaient intenter une action sans y avoir été préalablement autorisés par le Conseil de préfecture, que pareillement on ne pouvait intenter un procès contre ces personnes morales sans avoir déposé une requête à ce Conseil, tendant à faire autoriser la commune ou l'établissement public à se défendre. Cette règle administrative est générale et s'applique aux justices de paix comme aux autres tribunaux, mais, devant les justices de paix, elle subit une importante dérogation. Les communes peuvent intenter, et on peut intenter contre elles, directement, les actions possessoires. (Art. 122 et 124 de la loi municipale du 5 avril 1884.) Il en est de même pour les établissements publics.

Telles sont les explications que nous voulions donner sur la comparution devant les justices de paix.

Passons aux tribunaux de commerce.

SECTION II.

De la Comparution devant les Tribunaux de commerce. De sa personnalité, des agréés, des formalités exigées.

§ 1.

La comparution devant les tribunaux de commerce est-elle personnelle, comme devant les justices de paix, ou se fait-elle par mandataires spéciaux, comme devant les tribunaux civils ?

Les articles 414 du Code de procédure civile et 627 du Code de commerce répondent à cette question. « La procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans » ministère d'avoués, » dit l'article 414, et, précisant la pensée de la loi, disant plus même, l'article 627 prononce : « Le ministère des avoués est interdit dans les tribunaux » de commerce, conformément à l'article 414 du Code » de procédure civile. » L'article 11 de l'ordonnance du commerce de 1673, titre XII, disait déjà : « Ne sera établi » dans la juridiction consulaire aucun procureur, syndic, » ni autre officier, s'il n'est ordonné par l'édit de création » du siège, ou autre édit dûment enregistré. »

Ainsi il est de règle et de tradition que, devant la juridiction consulaire, la comparution est éminemment personnelle : « Le fait doit y être rapporté avec une sorte de » naïveté, et, autant que possible, par les parties elles- » mêmes, afin que le juge soit plus à portée d'apprécier » leur bonne foi, » disait M. Maret dans l'exposé des mo-

tifs de l'article 627 (1). Le désir, la volonté du législateur est que, devant ces tribunaux, les plaideurs parlent eux-mêmes, soient « ouïs par leur bouche. »

C'était déjà le vœu de l'ancien législateur, dont les rédacteurs du Code n'ont voulu être que les continuateurs. « Et seront tenues les parties à se présenter en personne, » à la première assignation, pour être ouïes par leur » bouche, si elles n'ont légitime excuse de maladie ou » d'absence, esquels cas enverront par écrit leur réponse, » signée de leur main propre, ou, audit cas de maladie, » de l'un de leurs parents, voisins ou amis, ayant de ce » charge et procuration spéciale, dont il fera apparoir à » la dite assignation, le tout sans aucun ministère d'avocat » ou de procureur, » est-il écrit dans l'édit de novembre 1563, qui fondait le consulat à Paris.

Autrefois donc la comparution personnelle était seule admise, jamais la comparution par mandataire, si ce n'était dans des cas excessivement rares, la maladie ou l'absence, et encore le mandataire ne pouvait être qu'un parent, un voisin, un ami, jamais un avocat ou un procureur. Ces mesures avaient été prises parce que ces juridictions, dans l'esprit de leurs créateurs, devaient avant tout être des tribunaux de famille, où on jugerait plutôt avec l'équité et le bon sens, d'après des usages connus de tous et ne supportant pas de discussion, qu'avec un droit écrit, difficile à connaître, difficile à appliquer. Elles ne devaient pas seulement rendre la justice, elles devaient au besoin censurer la conduite des justiciables. Voilà pourquoi l'emploi d'intermédiaires avait été proscrit.

Mais avec le temps ce caractère des premiers tribunaux

(1) Locré, tome XX, p. 223.

consulaires changea ; la législation commerciale naquit, progressa, se codifia, devint une législation écrite, comme toute autre législation ; il fallut appliquer en matière commerciale, comme en matière civile, les ordonnances des rois, et le besoin se fit sentir pour les parties de se faire aider et assister dans leurs comparutions devant les juges consuls, comme devant les autres tribunaux. Par suite du développement du commerce et de l'étendue plus grande des opérations des négociants, qui les forçaient souvent à s'absenter, il fallut pouvoir se faire représenter en justice plutôt que de s'y rendre soi-même, en abandonnant son comptoir et ses affaires. Aussi les mandataires s'introduisirent-ils de bonne heure dans les prétoires commerciaux sous le nom de procureurs, solliciteurs et autres. Nos Rois, routiniers comme le sont trop souvent les législateurs, oubliant trop que les conditions étaient changées depuis l'édit de 1563, rendirent de nombreuses ordonnances rappelant les magistrats à l'observation des principes fondamentaux des juridictions commerciales, et leur enjoignant de ne recevoir personne plaissant pour autrui. Un arrêt du Parlement de Paris, du 8 juillet 1613, un autre arrêt du même Parlement, du 5 février 1619, un arrêt du Conseil du Roi, du 10 janvier 1630 furent rendus dans ce sens. La grande ordonnance de 1667 sur la procédure, elle-même, par un mépris inexplicable des leçons du temps et de l'opinion, renouvela les interdictions d'autrefois. Tout fut en vain. On ne lutte pas contre une nécessité ; quand un impérieux besoin commande une mesure, en vain s'insurge-t-on contre elle, mieux vaudrait s'incliner devant la volonté inébranlable et invincible du justiciable ; les commandements de la loi ne seraient point ainsi toujours tournés ou méprisés. Ce qui

se passa pour ces juridictions, où l'emploi de mandataires était prohibé, et qui, malgré des défenses sévères et répétées, ne parvinrent pas à les éloigner, est la meilleure preuve que la représentation judiciaire, et la représentation faite par des hommes spéciaux, car c'est ainsi que l'avaient organisée les commerçants de l'ancienne France, est une nécessité supérieure à toutes les législations, et que toutes doivent subir. En vain les mandataires furent chassés des audiences commerciales, ils y rentrèrent toujours (1).

Il faut arriver au Code de procédure pour voir consacrer par la loi la réforme vainement réclamée par tous les commerçants, sous l'ancien régime. Il abolit l'obligation pour les parties d'être ouïes par leur bouche, à moins de maladie, auquel cas même elles ne pouvaient envoyer à leur place un mandataire, mais seulement un mémoire. « Les parties pourront, si bon leur semble, comparaître par le ministère d'un fondé de procuration spéciale, » lisons-nous dans l'article 421 du Code de procédure civile. Ce mandataire devra par exemple représenter au tribunal la preuve de son mandat, c'est-à-dire l'écrit constatant la mission à lui confiée, à moins que la partie, présente à l'audience, n'atteste elle-même la vérité de sa prétention. « Nul ne pourra plaider pour une partie devant ces tribunaux, si la partie, présente à l'audience, ne l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial. » (Art. 627, Code de commerce.) Ce pouvoir sera exhibé au greffier,

(1) Jousse, dans son *Commentaire sur l'ordonnance*, en signale ainsi l'existence : « L'usage, dans la plupart de ces juridictions, est de se servir de personnes qui sont préparées pour défendre et plaider les causes des parties qui veulent bien se servir de leur ministère. Ces personnes son choisies par les juges. »

avant l'appel de la cause, et visé par lui sans frais. (Art. 627, Cod. com.) (2).

L'admission de ces mandataires aux barres commerciales était une heureuse innovation, un sensible progrès sur le temps passé, progrès sur lequel on n'est plus revenu, et de nos jours l'utilité de la représentation en justice commerciale, représentation toujours dominée bien entendu par la règle, *nul ne plaide par procureur*, qui plane sur tout notre droit, n'est plus contestée.

Pourquoi malheureusement n'est-on point allé jusqu'au bout dans la réforme? pourquoi n'a-t-on point écouté dans leur entier les *desiderata* des négociants? Ils ne demandaient pas uniquement la possibilité de se faire représenter par des mandataires, ils demandaient aussi la réglementation de ces mandataires, l'organisation près de leurs tribunaux de corporations de représentants spéciaux, à l'instar de ce qui se passait devant les tribunaux civils, représentants qui, comme les avoués, auraient été soumis à une surveillance sévère, et n'auraient été admis à exercer leur profession qu'après avoir fait preuve de savoir et de moralité. L'expérience, le fruit de leurs observations, leurs réflexions de trois siècles leur avaient démontré l'absolue nécessité de cette création, nécessité si grande qu'ils l'avaient réalisée malgré les défenses formelles des Rois et des Parlements, et qu'auprès de tous leurs tribunaux ils avaient créé des compagnies d'agréés, dont les juges

(1) Pour éviter des frais d'enregistrement, ainsi qu'il est dit aux travaux préparatoires du Code (Loché, tome XX, p. 9), et à la différence de ce qui se passe pour les justices de paix, ce pouvoir peut être donné au bas de l'original ou de la copie de l'assignation. C'est là une bonne mesure qu'il faudrait étendre aux juridictions de paix. Au moins autant, sinon plus que les juridictions commerciales, elles ont besoin de voir réduire leurs frais au strict nécessaire.

consuls eux-mêmes avaient rédigé le règlement et le faisaient appliquer (1), compagnies illégales, c'est vrai, mais si profondément enracinées dans les mœurs et les usages, que rien n'avait pu les faire disparaître. Il y a sur ce point encore à donner satisfaction à leurs réclamations.

Le Code de 1807, en créant la représentation judiciaire devant les tribunaux de commerce, l'a laissée libre, avec tous les inconvénients que nous avons déjà signalés. Seuls les huissiers, par suite de l'extrême défiance que leur a toujours témoignée le législateur de cette époque, furent exclus de cette fonction : « Dans les causes portées devant les tribunaux de commerce, aucun huissier ne pourra ni assister comme conseil, ni représenter les parties, en qualité de procureur fondé, à peine d'une amende de 25 à 50 francs, qui sera prononcée sans appel par le tribunal, sans préjudice de peines disciplinaires contre l'huissier contrevenant. Cette disposition n'est pas applicable aux huissiers qui se trouveront dans l'un des cas prévus par l'article 86 du Code de procédure civile. » (Art. 627, C. com. 2^e et 3^e alinéas.)

Tant était grand l'empire de l'habitude et l'esprit de routine en 1804 et 1807, que le législateur ne voulut point reconnaître officiellement les agréés, et les appeler à la vie publique, en faire de véritables avoués commerciaux. Pourtant il en proclamait bien haut l'utilité, je m'en réfère à ce que disait d'eux au Conseil d'Etat le tribun Jaubert (2). On ne leur donna pas une existence légale, et la question se pose encore aujourd'hui de savoir si réellement les tribunaux de commerce ont le droit d'organiser auprès d'eux des compagnies d'agréés. Examinons-la.

(1) Voy. Guibert, *Notice historique sur les agréés*, p. 34 et suiv.

(2) Loqué, tome XX, p. 9.

§ 2.

Les agréés, avons-nous dit précédemment, existaient en fait sous l'ancien droit, ils jouissaient de certains privilèges, mais la loi n'avait jamais voulu les reconnaître. Pendant la Révolution ils continuèrent à subsister. Après la réorganisation générale qui suivit la contre-révolution du 18 brumaire, les consuls établirent auprès du ministre de l'intérieur une commission composée de sept membres, chargés de la rédaction d'un projet de Code de commerce. Le 18 frimaire an X, cette commission présenta son travail. Elle y avait inséré une disposition qui avait pour objet d'instituer des avoués auprès de la juridiction commerciale. Il s'agissait de donner une consécration légale à un fait qui s'était constamment produit, et qui était destiné à se perpétuer. Toutefois les opinions des Cours et des tribunaux, auxquels le projet fut communiqué, se trouvèrent divergentes sur ce point. Les Cours de Metz, Dijon, Nancy, Orléans, Rennes, Riom, et les tribunaux de commerce de Montdidier, Tulle, Anvers, Bayonne, Bordeaux, Caen, Dijon, Evreux, le Havre, Honfleur, demandèrent la suppression absolue de cette disposition. La Cour de cassation, celle de Paris, et les tribunaux et chambres de commerce de Rouen et Saint-Brieux furent d'avis que l'on devait se borner à permettre, comme par le passé, aux tribunaux de commerce de choisir des défenseurs ou agréés. Les Cours de Caen, Grenoble et Montpellier, et le tribunal de Castres, voulaient qu'en interdisant les avoués, la loi établît des défenseurs sous le nom d'avoués consulaires ou agréés. Les tribunaux et chambres de commerce de Montauban, Valenciennes, Carcassonne, Besançon, Avignon,

Abbeville, approuvaient la disposition, la condition que le ministère des avoués consulaires ne serait pas forcé. Les tribunaux de Clermont, Lyon, Toulouse, Nantes, Orléans voulaient seulement que le droit de présentation de ces officiers appartint aux tribunaux de commerce, ce qui était tout naturel. Enfin la très grande majorité des Cours, des tribunaux et chambres de commerce, en gardant le silence à cet égard, sembla donner son approbation au projet (1).

C'est qu'en effet toutes les raisons qui militent en faveur des avoués plaident au même degré en faveur d'une institution analogue auprès des tribunaux de commerce. Ce sont mêmes difficultés pour bien connaître la loi, plus grandes mêmes à certains égards, car les lois sur les faillites, les lois sur les lettres de change ou les sociétés sont des sources de difficultés, et les jurisconsultes les plus habiles eux-mêmes ne sauraient se vanter de les connaître complètement. C'est donc même besoin de conseils pour le plaideur ; c'est aussi même nécessité d'un exposé clair et savant de l'affaire, mêmes désirs de la part du tribunal de se voir aider dans sa tâche par des mandataires habiles des parties, et d'assister à de véritables discussions juridiques du procès plutôt qu'à des explications oiseuses et souvent sans dignité.

C'est même besoin de la part du magistrat de l'aide d'auxiliaires de la justice qui lui faciliteront sa tâche. Les tribunaux de commerce, surtout ceux des grandes villes, sont encombrés d'un nombre considérable d'affaires qu'ils doivent expédier rapidement, car la célérité est la première qualité d'une bonne juridiction commerciale. Pourraient-

(1) Dalloz, Rép. v° *Agréé*, n° 41.

ils accomplir leur mission si elles ne leur arrivaient pas préparées d'avance par les agréés, et ne leur étaient pas présentées par eux d'une façon brève et nette, qui leur permette de les saisir immédiatement, sans perte de temps, et de trouver de suite le point délicat à juger, qui leur sera signalé? Les agréés, rompus aux affaires, peuvent seuls remplir ce rôle. La statistique démontre que chaque année le tribunal de commerce de la Seine juge environ 70 à 75,000 procès, avec un personnel de 36 juges; tout le monde reconnaît qu'il ne peut arriver à ce résultat surprenant que grâce à la bonne organisation de la corporation de ses agréés.

Néanmoins, sur le projet modifié du Code de commerce, la section de l'intérieur, abandonnant complètement son premier système, présenta un article ainsi conçu : « Il est interdit aux tribunaux de commerce d'agréer, pour plaider devant eux, des hommes de loi ou des praticiens particulièrement désignés. » M. Maret en exposait les motifs dans les termes suivants : « Devant les tribunaux de commerce le fait doit être rapporté avec une sorte de naïveté, » et autant que possible par les parties elles-mêmes, afin » que le juge soit plus à portée d'apprécier leur bonne » foi. » M. Maret oubliait les changements opérés dans le droit commercial depuis la création des tribunaux consulaires; il ne se rendait pas compte que, devant les tribunaux de commerce comme devant les tribunaux civils, le droit devait maintenant être dit, et non plus le simple bon sens appliqué. La législation commerciale, comme les autres, avait été codifiée, elle n'était plus composée de simples usages à faire respecter.

M. Jaubert combattit la disposition proposée : « Le » Code de procédure civile a sagement décidé que le

» ministère des avoués ne serait pas nécessaire dans les
» tribunaux de commerce, mais, dans l'état actuel des
» choses, il existe des agréés qui plaident pour la partie
» lorsqu'elle ne peut ou ne veut se défendre elle-même.
» Si cette institution était détruite, et que la partie fût
» obligée de prendre au hasard son défenseur, elle serait
» exposée à être trompée, car il n'est pas facile aux par-
» ticuliers de distinguer dans une foule de personnes,
» souvent inconnues, celles qui méritent leur confiance
» sous le rapport du talent et de la probité. Il faudrait donc,
» sans rendre le ministère des agréés forcé, permettre de
» dresser un tableau de gens exercés et éprouvés qu'on
» offrirait à la confiance du public (1). » Cette dernière pro-
position fut appuyée par M. Bégouin et le prince archi-
chancelier, qui fit remarquer qu'on pourrait se borner à
déclarer que « le ministère des avoués n'est pas néces-
» saire dans les tribunaux de commerce, sans confirmer
» ni détruire les agréés. Par là on resterait dans l'état
» actuel, chaque tribunal de commerce conservant ses
» usages : c'est la force des choses qui a introduit les
» agréés dans les tribunaux ; on n'a pu refuser aux parties,
» qui n'avaient pas l'habitude de s'expliquer en public,
» la ressource d'employer le secours d'hommes plus exer-
» cés. Il serait d'autant plus dangereux de supprimer les
» agréés et de laisser plaider pour les parties quiconque
» voudrait se charger de leur défense, que le tribunal de
» commerce n'aurait aucune police sur ces défenseurs. »
Le prince archichancelier comprenait le danger de la li-
berté de la représentation. En cet état de la discussion,
M. Réal proposa de se borner à rappeler l'art. 414 du Code

(1) Locré, tome XX, p. 9.

de procédure civile, aux termes duquel la procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans le ministère des avoués.

La rédaction actuelle de l'article 627 du Code de commerce a été adoptée à la suite de ce débat. Le ministère des avoués est, à la vérité, interdit devant les Tribunaux consulaires, mais ceux-ci ont la facilité de désigner des défenseurs à la confiance des justiciables. Cela résulte clairement de la discussion que nous venons de rapporter, et aussi d'un avis du Conseil d'Etat du 9 mars 1825, déclarant que faire des agréés des officiers ministériels, serait dénaturer leur caractère. Puisque le Conseil d'Etat s'occupe de ces agréés, c'est donc qu'il en reconnaît l'existence.

Ainsi le législateur s'est occupé de la position des agréés ; son intention a été de la confirmer, mais il a manifesté sa volonté par son silence et non par une disposition expresse. Le législateur a voulu dire dans l'article 627, que le ministère des agréés ne serait pas forcé, et que ces agréés ne seraient pas des officiers ministériels au sens exact du mot, par autre chose ; il a exprimé son idée par ces paroles : « le ministère des avoués est interdit dans les tribunaux de commerce. » Si on prenait en effet à la lettre cet article 627, on arriverait à ce résultat étrange que, tandis que le premier venu, même le plus ignorant et le plus vil, pourrait être mandataire devant la juridiction commerciale, les avoués, les agréés, c'est-à-dire les personnes qui, plus que toutes les autres, sont à même d'être d'excellents mandataires, se verraient refuser l'accès du prétoire, justement à cause de leur capacité. Un tel résultat suffit pour démontrer l'impossibilité d'une telle intention chez le législateur, mais avouons qu'il ne pouvait employer une forme plus mystérieuse et plus

mauvaise pour exprimer sa pensée. Elle ne saurait pourtant être douteuse, et nous en voyons journellement des applications. C'est ainsi que, dans nombre de villes, les tribunaux de commerce ont pris pour agréés les avoués du tribunal de première instance, et que, là où les tribunaux d'arrondissement font office de tribunaux de commerce, ce sont toujours les avoués qui occupent pour les parties dans les affaires commerciales, usage considéré comme parfaitement légal. Le législateur de 1807, retenu par des scrupules routiniers, a reculé devant la manifestation franche de sa pensée et l'expression claire de son désir, voilà comment nous expliquons la rédaction si fautive de l'article 627. La Cour de cassation lui avait cependant donné l'exemple, et, dans ses observations sur le projet de loi, déclaré sans ambages son désir de voir créer les agréés : « Beaucoup de commerçants, disait la » Cour, expédient seuls leurs affaires, il faut donc leur en » conserver la faculté ; pour les autres, il faut accorder » aux tribunaux de commerce le droit de désigner un » certain nombre de mandataires, avec faculté de les révoquer. C'est là le seul moyen d'éloigner de ces tribunaux la chicane, ennemie mortelle du commerce (1). » N'était-ce pas dire : il faut, auprès des tribunaux de commerce, des agréés, qui auront le monopole de la représentation ?

Bref, de nos jours, la situation se résume de la sorte : devant les juridictions consulaires, la comparution en principe est personnelle, mais la représentation y est admise. Cette représentation est libre, tout le monde, sans exception, sauf les huissiers, peut être un mandataire idoine. Les tri-

(1) *Observations des tribunaux*, t. II, p. 452.

bunaux de commerce sont cependant autorisés à accréditer auprès d'eux des personnes qu'ils recommandent plus particulièrement au choix des justiciables parce qu'ils leur ont reconnu des aptitudes et une honnêteté supérieures à celles de la masse des citoyens, et qu'ils exercent sur eux une surveillance particulière. Ces personnes sont les agréés. Elles n'ont aucun caractère officiel et ne sont pas reconnues ouvertement par la loi. Elles ne sont l'objet d'aucune mesure de faveur ; elles doivent présenter au tribunal un pouvoir régulier et, relativement à leurs honoraires, ne sont pas soumises à la règle de l'article 60 du Code de procédure. L'ordonnance du 10 mars 1825 est formelle sur ces deux points, mais il est juste de dire que, dans bien des tribunaux de commerce, elle n'est pas ponctuellement observée. Le seul progrès réalisé sur l'ancien droit est que les tribunaux de commerce peuvent maintenant agréer auprès d'eux certaines personnes, qu'ils désignent ainsi particulièrement à la confiance des justiciables, chose autrefois défendue.

Apprécions cette situation.

Elle mérite d'être critiquée. La nécessité d'agréés auprès des tribunaux de commerce est maintenant amplement démontrée par l'expérience. Ils rendent à la justice de précieux services en lui facilitant sa tâche, et en lui permettant de donner une prompt solution aux affaires. Pourquoi hésiter à les reconnaître officiellement, pourquoi ne pas leur accorder les privilèges dont, pour le bien général, jouissent les avoués. Ils en sont tout aussi dignes. Les parties qui recourraient à leur ministère en retireraient les mêmes avantages que les justiciables ordinaires retirent des privilèges des avoués. Il y aurait économie de frais de procuration, et ce serait là un encouragement aux plaideurs à se

servir de ces mandataires honorables plutôt que des agents d'affaires, qui assiègent les prétoires commerciaux, comme ils assiègent les prétoires de paix. Le mieux serait d'accorder à ces agréés un monopole, les dangers de la liberté de la défense seraient ainsi évités, et de faire d'eux de véritables officiers ministériels, soumis comme tels à un tarif, ce qui ferait disparaître le plus grave reproche qu'on leur adresse de nos jours, celui d'être trop coûteux.

§ 3.

Ayant dit que les parties pouvaient venir elles-mêmes devant les juges consuls, qu'elles pouvaient aussi envoyer à leur place à la barre un mandataire, et ce que devait être ce mandataire, il nous reste à indiquer les formalités dont doit être accompagnée cette comparution devant les tribunaux de commerce.

Le défendeur n'a rien à faire; il n'a qu'à attendre le jour où il doit se présenter au tribunal, en méditant et préparant sa défense.

Quant au demandeur, la seule formalité qui lui soit imposée est une assignation à donner à son adversaire, un jour au moins avant la comparution, à moins que le président n'ait permis d'assigner d'heure à heure, ou qu'on se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 418 du Code de procédure civile, qu'il s'agisse d'affaires maritimes où il existe des parties non domiciliées, ou d'affaires où il soit question d'agrès, victuailles, équipages et radoubs de vaisseaux prêts à mettre à la voile, ou d'autres matières urgentes et provisoires, auxquels cas l'assignation d'heure à heure est encore permise. (Art. 416, 417 et 418, Code de procédure civile.)

Il n'y a point à justifier ici d'une tentative de conciliation (art. 49-4^o, Code de procédure civile) ; il n'y a point à fournir la caution *judicatum solvi* ; en cette matière les étrangers en ont été dispensés afin de faciliter les relations commerciales, et cette règle existait déjà sous l'empire de l'ordonnance de 1673 ; il n'y a point à constituer avoué, puisque les avoués n'existent pas. L'assignation préalable est la seule formalité à remplir, mais elle est forcée ; la comparution volontaire n'est point reçue devant ces juridictions. « Toute demande doit être formée par exploit » d'ajournement, suivant les formalités ci-dessus prescrites » au titre des ajournements, » dit l'article 415 du Code de procédure civile. Si à la première audience n'intervient pas un jugement définitif, et que les parties soient obligées de comparaître une seconde fois, afin que les adversaires puissent se trouver facilement, s'ils ont des pièces à se communiquer, et que le tribunal sache aussi où s'adresser, s'il veut se faire donner par eux quelques explications, demandeur et défendeur doivent, n'étant point domiciliés dans le lieu où siège le tribunal, y faire une élection de domicile. (Art. 422.) C'est là une formalité propre aux tribunaux de commerce. Elle n'est point nécessaire dans les juridictions où les avoués existent, car là l'élection de domicile est de droit chez l'avoué ; elle n'est point exigée dans les justices de paix, car les affaires de leur compétence sont de si petite importance que rarement il y a des pièces et des conclusions à signifier, et que ces moyens de défense même ne sont point recommandés. Mais l'oubli de cette formalité n'entraînerait pas impossibilité de faire la seconde comparution, il n'occasionnerait pour la partie fautive qu'une ignorance des pièces qui lui auraient été signifiées dans ce cas au greffe, et, par suite, qu'une infériorité dans sa défense.

Au jour fixé pour la comparution, les formalités préliminaires étant remplies, les parties se rendent au tribunal. A l'appel de la cause, fait par l'huissier audiencier, elles se présentent respectueusement à la barre. Si elles sont représentées par des agréés, ceux-ci y viennent revêtus de leurs insignes, qui sont : à Paris, un vêtement noir, sur lequel ils portent un manteau court, en soie^e noire, descendant du collet de l'habit jusqu'à l'extrémité des basques, un bonnet carré, une cravate et un rabat blancs ; en province, la robe noire sans chaperon, semblable à celle des avoués. Le président donne la parole au demandeur, veille au maintien de l'ordre et à l'observation des convenances, rappelle les parties à la modération, si elles s'en éloignent. Il est armé de vastes pouvoirs pour faire respecter le tribunal et la sainteté du lieu, soit par les comparants, soit par ceux qui les assistent.

Notons en terminant que, quand ce sont les tribunaux civils qui jugent commercialement, la comparution se fait devant eux comme nous venons de l'indiquer ; ils sont alors tribunaux de commerce et nullement tribunaux civils.

SECTION III.

De la Comparution devant les Conseils de prud'hommes.

En instituant cette juridiction, le législateur a voulu en faire un tribunal de famille, jugeant promptement, sans appareil et sans frais, les différends qui surgissent entre patrons et ouvriers à propos de leurs contrats de louage d'ouvrage. Dans cette juridiction paternelle, on doit avant

tout prêcher la concorde et la paix, réprimander les coupables, et chercher la conciliation et l'apaisement plutôt qu'une stricte justice. Elle est le tribunal du bon sens et des usages avant d'être celui du droit. Aussi le ministère de mandataires spéciaux ne s'y comprend-il pas ; la comparution doit y être éminemment personnelle, et les avoués inconnus ; c'est ce qu'a décidé la loi. (Art. 29 de l'avis du Conseil d'Etat du 20 février 1810, contenant nouvelle rédaction du décret du 11 juin 1809 portant règlement sur les conseils de prud'hommes.)

La représentation par mandataires ordinaires n'y est même admise qu'au cas d'absence ou d'empêchement, et on ne peut confier ce soin qu'à un parent, encore faut-il qu'il soit lui-même marchand ou négociant. (Même article 29.) Cette dernière condition se comprend parfaitement. Puisque l'on doit discuter des usages de marchands et de négociants, seul peut le faire convenablement, et en parfaite connaissance de cause, un marchand ou un négociant. Mais en exigeant la représentation par un parent, on est évidemment allé trop loin ; les parties devraient être autorisées à remettre leur pouvoir à tout mandataire de leur choix, exerçant la même profession qu'elles. Je ne vois pas en quoi un ami ne les représenterait pas aussi bien qu'un parent, peut-être éloigné et ne leur portant aucun intérêt. J'ajoute qu'imposer cette condition, c'est souvent mettre l'ouvrier dans l'impossibilité de trouver un mandataire idoine. Souvent en effet, pour avoir du travail, il a quitté les siens et est seul de sa famille dans la ville où il réside.

Les parties viennent volontairement devant le Conseil (art. 58 du décret du 11 juin 1809), ou invitées par lettre du secrétaire sur la prière du demandeur, ou encore citées

par huissier. (Art. 32.) A l'appel de la cause, elles s'avancent à la barre et expliquent contradictoirement leurs prétentions. Elles sont tenues de parler avec modération et de se conduire avec respect, sous peine de se voir condamnées par le bureau, après un premier avertissement, à une amende de dix francs, avec affichage du jugement dans la ville où siège le Conseil, et même à un emprisonnement qui n'excèdera pas trois jours. (Art. 33 et 34 du décret précité.) Elles ne sont admises à comparaître qu'après qu'un essai de conciliation, tenté devant une partie seulement du Conseil, composée d'un patron et d'un ouvrier, et appelée le bureau particulier, est resté sans résultat. (Art. 36.)

SECTION IV.

De la Comparution devant le Juge des référés.

Dans certains cas urgents, ou quand il s'agit de statuer provisoirement sur des difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il est permis de porter l'affaire, non pas au tribunal, ce serait trop long, mais devant le président de ce tribunal statuant en référé, c'est ainsi qu'on qualifie cette fonction du président tranchant provisoirement le litige, en attendant la résolution définitive du tribunal. (Art. 806, Code de procédure civile.) En agissant ainsi le président fait absolument office de juge ; statuant en référé, il tient une audience. (Art. 807.) La juridiction des référés est donc une juridiction à part, comme les juridictions de paix ou de commerce, et nous devons nous occuper de la comparution des plaideurs

devant elle, comme nous nous en sommes occupés devant les autres tribunaux.

Les justiciables viennent eux-mêmes, en personne, devant le président. Ils n'ont pas besoin de recourir au ministère des avoués. La question a pourtant été controversée. Delaporte (tome II, p. 376) et Lepage (page 536) pensaient que la règle générale, qui exige, en matière civile, l'assistance des avoués, ne pourrait recevoir d'exception pour les référés qu'autant que la loi le porterait d'une manière expresse. Mais M. Debelleyme, le véritable organisateur de la juridiction des référés, enseignait une opinion contraire. Il était appuyé par M. Carré (tome III, n° 2768) (1). Écoutons M. Carré : « Suivant M. Delaporte, l'assignation » en référé doit contenir constitution d'avoué, et tel est » aussi le sentiment de M. Lepage, dans ses Questions. Il » en donne pour raison qu'il est établi en principe général, » par le Code de procédure, qu'on ne peut d'aucune » manière procéder devant un tribunal ordinaire sans » l'assistance de ces officiers ; d'où suit, pour qu'il en fût » autrement en matière de référé, qu'il faudrait une ex- » ception formelle, qui n'a point été prononcée.

» M. Demiau-Crouzilhac, p. 489, maintient au contraire » que l'assistance des avoués n'est pas de rigueur, que les » parties peuvent se défendre elles-mêmes. « Un huissier, » dit-il, qui est interrompu dans une exécution, peut, sur » son procès-verbal, assigner le débiteur devant le juge » des référés, et faire à ce magistrat le rapport des obsta- » cles qu'on lui oppose ; et il suffit alors que copie de ce » procès-verbal ait été laissée au débiteur pour qu'il soit » valablement assigné, et pour que le juge prononce,

(1) Debelleyme, tome I, p. 409.

» tant en l'absence qu'en la présence de ce dernier, sur
» le seul rapport de l'huissier, garanti par son procès-
» verbal. »

» Cette opinion de M. Demiau-Crouzilhac est conforme
» à l'usage et nous paraît l'être à l'esprit de la loi. A
» Paris, et dans plusieurs villes, les parties se présentent
» à l'audience des référés sans être assistées d'avoués, et,
» dans le cas même où celles-ci les chargent de leurs inté-
» rêts dans les contestations qui sont portées en référé, ce
» sont ordinairement les jeunes gens qui suivent leurs
» études qui plaident ces sortes de cause, ce qui leur
» fournit une occasion de se préparer aux discussions du
» barreau. » Telle est également l'opinion de la jurispru-
dence. (Toulouse, 4 juin 1824. Dalloz, J. G. v^o *Référé*.)

En résumé, devant le juge des référés, les parties peuvent comparaître en personne ; elles peuvent également comparaître par fondés de pouvoirs. Elles peuvent aussi recourir au ministère des avoués, qui n'est pas prohibé.

Disons enfin que la comparution volontaire est reçue devant cette juridiction. C'est la doctrine professée dans Dalloz (Dalloz, J. G. v^o *Référé*, n^o 37), qui argumente de l'analogie existant entre notre espèce et celle de l'article 7 du Code de procédure civile.

Quant aux formalités à remplir pour comparaître, elles se réduisent à une assignation à donner au défendeur, lorsqu'il ne veut pas se rendre volontairement devant le juge.

CHAPITRE IV.

RÈGLES COMMUNES AUX DEUX MODES DE COMPARUTION.

SECTION I. — La comparution est-elle publique ? Où et quand doit-elle avoir lieu ?

SECTION II. — La comparution est-elle forcée ? — Du défaut du demandeur. — Du défaut du défendeur. — Des personnes qui ne sont point tenues de comparaître.

SECTION III. — Les parties peuvent-elles se faire assister dans leur comparution ? — Des avocats et de leur monopole. — Des exceptions à ce monopole.

Nous grouperons l'étude de ces règles communes aux deux modes de comparution de notre droit autour de l'examen des trois questions suivantes : 1^o La comparution est-elle publique ? 2^o Est-elle forcée ? 3^o Les parties peuvent-elles se faire assister dans leur comparution ; et quelles personnes peuvent ainsi leur prêter leur concours ?

SECTION I.

La Comparution est-elle publique ? Où et quand doit-elle avoir lieu ?

§ 1.

Le principe que tout plaideur doit comparaître publiquement devant ses juges, afin que tous ses concitoyens puissent se rendre compte et, au besoin, venir affirmer que justice lui a bien et dûment été rendue, que tous ses droits de défense et d'attaque ont été scrupuleusement respectés, qu'il n'a été ni influencé, ni violenté pour être amené à faire les aveux qu'il a faits, a toujours été considéré comme un principe sacré ; c'est le mot même de Treilhard dans l'exposé des motifs de l'article 87 du Code de procédure civile, qui pose le principe de la publicité des débats judiciaires : « J'ai dit que les plaidoiries étaient nécessairement publiques, ce principe est sacré (1). »

La justice se rend publiquement, au grand jour, *coram populo*, car non-seulement elle est appelée à régulariser une situation, mais elle doit aussi servir d'enseignement. Les tribunaux secrets ont toujours été un objet de haine et d'aversion pour le peuple, et les rares qui ont existé nous sont peints par l'histoire sous les plus noires couleurs. Les légendes les plus sombres circulent sur leur compte ; les forfaits et les dénis de justice les plus mons-

(1) Locré, tome XXI, p. 534.

trueux leur sont reprochés. La confiance ne va qu'aux tribunaux ouverts, et la confiance dans le juge est la première condition d'une bonne justice.

Un justiciable doit donc demander protection à ses juges devant tout le monde, et tous les citoyens doivent être admis à assister à sa demande, pourvu qu'ils observent une attitude correcte et respectueuse, sans quoi le président, en vertu de son droit de police de l'audience, les ferait expulser.

Notre droit ne s'est pas écarté de cette vieille règle, qui semble dominer l'organisation judiciaire de tous les temps et de toutes les nations. A Athènes et à Rome, la comparution se faisait en pleine ἀγορά, en plein forum, devant tout le peuple réuni, primitivement même, devant les comices. Le tribunal du préteur était installé sur la principale place de la ville. Les seigneurs féodaux rendaient la justice dans la cour de leur château, ou à sa porte, ou encore en plein air, sur le bord des routes, à l'ombre d'un arbre. Les audiences des parlements étaient publiques. L'article 87 de notre Code de procédure civile maintint les anciens usages : « Les plaidoiries seront publiques, » dit-il, et la Constitution de 1848 attachait à cette publicité une telle importance qu'elle en fit un des droits publics des Français. (Article 81 de ladite Constitution.)

On conçoit cependant l'existence d'affaires d'une telle nature qu'elles ne pourraient être plaidées publiquement sans un grand scandale et sans un notable inconvénient.

« Il est des affaires, disait le tribun Faure dans son » rapport au Corps législatif, où cette publicité, loin de » produire aucun bien, ferait beaucoup de mal ; s'il s'agit » de contestations entre parents et que l'affaire entraîne » des détails domestiques, dont la révélation ne serait pour

» le public qu'un objet de scandale, et pour les parties
» intéressées qu'un sujet d'aigreur et de haine, la décence,
» les bonnes mœurs, le repos des familles demandent que
» de telles affaires soient plaidées devant les juges
» seuls (1). » La Constitution de 1848 reconnaissait également cette nécessité.

En même temps donc qu'on proclamait le principe de la publicité des débats judiciaires, on reconnaissait le besoin d'édicter des exceptions, dans lesquelles le débat se ferait à huis clos, dans l'intérêt général et par respect pour les bonnes mœurs.

Eh bien, même dans ce cas où le huis clos est prononcé pour les débats, la comparution est encore publique, tant est grande la force du principe de la publicité de la comparution. Les parties s'avancent publiquement à la barre, et ce n'est que lorsqu'elles se sont ainsi présentées au tribunal, qu'elles lui ont publiquement résumé leurs demandes, bref, que la comparution a eu lieu, que le ministère public doit requérir le huis clos.

Les exceptions au principe de la publicité de la comparution sont excessivement rares, et je n'en connais que deux : 1^o La comparution se fait dans la chambre du conseil, c'est-à-dire dans un lieu privé, où le tribunal se retire pour délibérer, où il est chez lui, et où personne n'a le droit de pénétrer, dans les demandes d'autorisation intentées par les femmes mariées à leur mari. 2^o Là aussi comparaissent les époux quand, après trois ans de séparation de corps, l'un d'eux veut faire convertir sa séparation en divorce. (Article 861, Code de procédure civile. — Article 310, Code civil.) Dans ces

(1) Locré, tome XXI, p. 573.

affaires, il y aura lieu pour le tribunal d'adresser des conseils paternels aux parties avant de leur rendre la stricte justice, de faire un dernier appel aux sentiments qu'elles peuvent ou devraient avoir l'une pour l'autre, et qui devraient les pousser à s'accorder volontairement ce qu'elles se demandent, ou à ne pas persévérer dans leur instance. On a craint que la comparution publique ne fût considérée par les adversaires comme une insulte ou un outrage, et que, par suite, la réconciliation ne fût rendue plus difficile. De plus il pouvait arriver que le juge eût à évoquer certains secrets, que l'intérêt des familles commandait de ne pas livrer au public. De plus, ces encouragements à la concorde, qui doivent être faits sur le ton de la persuasion, n'ont pas paru au législateur dignes de l'audience publique. A l'audience le juge tranche un différend; il commande et doit être obéi; il n'a que des ordres et nullement des conseils à donner. Il ne doit parler qu'au nom de la loi, nullement au nom d'intérêts d'affection qui, à ce moment, doivent lui être étrangers.

Dans ces deux sortes de procès, on a voulu que le tribunal tentât une dernière démarche au nom de l'union des familles, et alors on a fait comparaître les plaideurs hors de la présence du public.

§ 2.

Une conséquence de la publicité de la comparution est que les tribunaux doivent tenir leurs audiences dans des lieux et à des heures fixés d'avance, et notoirement connus des citoyens, afin que ceux-ci puissent s'y rendre si bon leur semble, et assister sûrement aux débats judiciaires.

Il ne faut pas qu'en changeant le lieu de ses séances, et l'heure à laquelle il les tient, arbitrairement, et suivant son bon plaisir, un tribunal puisse être accusé d'avoir cherché à éviter un contrôle efficace de ses actes.

Ce lieu est le prétoire; c'est une salle aménagée d'avance pour l'usage à laquelle elle est destinée, spécialement affectée à ce service, et dont l'entrée est ouverte à tout venant. C'est là que se fait la comparution, à des heures déterminées une fois pour toutes par mesure de discipline intérieure, généralement à midi, sans que cette heure soit obligatoire, et le président est répréhensible si l'heure de l'audience se trouve avancée ou retardée. (Article 15 du décret du 20 mars 1838.) Quand les besoins du service exigent la tenue d'audiences supplémentaires, le jour et l'heure de ces audiences devront être annoncés à l'avance. L'inobservation de ces formalités n'entraînerait pas la nullité de la comparution, mais serait de nature à faire blâmer le président, et même, si d'autres faits se joignaient à ceux-là, à amener la cassation du jugement comme entaché de clandestinité.

Toute comparution faite en dehors du prétoire serait radicalement nulle, quand bien même toutes les autres formalités prescrites auraient été observées. Là seulement les juges siègent en tribunal, peuvent rendre des jugements, peuvent par conséquent entendre les parties.

Il a pourtant été permis dans deux cas aux juges de siéger en dehors du prétoire : quand il y a urgence, le président du tribunal civil, statuant en référé, peut faire comparaître les parties devant lui en son cabinet, en son hôtel. (Art. 808, Code de procédure civile.) Les juges de paix peuvent aussi tenir chez eux des audiences. (Art. 8 du même Code.) Mais, dans les deux cas, ils ne doivent

procéder que toutes portes ouvertes (art. 8), sans quoi la publicité n'existerait pas. C'est là une latitude qui a été laissée à ces deux juges, mais le vœu de la loi est qu'ils en usent le plus rarement possible, dans les cas où il y a urgence, dit l'art. 808. L'article 8 semble n'apporter aucune condition au pouvoir accordé au juge de paix, mais certainement le juge cantonal qui tiendrait habituellement ses audiences chez lui contreviendrait au désir du législateur, et mériterait une réprimande.

On s'est demandé si ce pouvoir accordé aux juges de paix de tenir chez eux des audiences extraordinaires ne leur permettait pas aussi d'en tenir ailleurs, et par exemple dans les mairies des communes de leur canton. La jurisprudence est fixée dans le sens de la négative. (Dalloz, *Code de procédure civile annoté*, art. 8, n° 1.) La règle est que les audiences se tiennent au prétoire. Une dérogation a été apportée à cette règle par l'art. 8, mais cette dérogation se rapporte uniquement au domicile du juge de paix, et elle ne saurait être étendue par analogie, étant une dérogation.

De bons esprits se demandent actuellement si notre organisation judiciaire sur ce point ne devrait pas être modifiée, et si, dans l'intérêt des justiciables, pour leur éviter des frais de déplacement, on ne devrait pas permettre aux juges de paix de tenir des audiences, par exemple la seconde des deux qu'ils doivent avoir par semaine, dans une autre commune que le chef-lieu de canton. Les lieux, les jours, les heures seraient indiqués d'avance, le principe de la publicité ne serait pas ainsi violé. Peut-on objecter sérieusement que cette justice ambulatoire n'est plus dans nos mœurs et n'est pas digne d'un tribunal, que c'est au justiciable à aller au-devant du

juge, et non pas au juge à aller au-devant du justiciable? Ce serait puéril. Peut-on dire que ce serait une charge imposée au budget, parce qu'il faudrait indemniser les juges de paix? La question serait de savoir si, malgré un traitement plus fort accordé au juge, il n'y aurait pas en somme économie de frais pour le plaideur, qui ne serait plus obligé à un dérangement coûteux. On ajoute : Les juges de paix doivent de temps à autre parcourir leur canton, appelés par leurs fonctions administratives. Pourquoi ne tiendraient-ils pas en même temps des audiences? Il n'y aurait alors aucune augmentation de frais.

Enfin la comparution doit avoir lieu un jour ordinaire. Elle ne saurait avoir lieu un dimanche ou un jour férié. A ces jours, les tribunaux ne reçoivent pas les justiciables. Ceci n'est écrit formellement nulle part, mais cela résulte de la défense absolue de faire aucune signification à ces jours, et aussi, *a contrario*, des articles 8 et 808 du Code de procédure civile, permettant au juge des référés et aux juges de paix de transgresser cette règle. Cela est permis au juge des référés à cause de la nature urgente des affaires sur lesquelles il est appelé à statuer. Cela est encore permis aux juges de paix, parce qu'ils sont des juges ruraux, dont les justiciables sont surtout des travailleurs de la campagne, et que, pour ces sortes de gens, la semaine est consacrée aux labeurs des champs, et le dimanche à l'expédition des affaires. C'est le dimanche que le paysan va chez son notaire, c'est le dimanche qu'il va consulter son homme d'affaires, qu'il se rend au chef-lieu de canton pour régler ses comptes. Ce jour-là les portes des tribunaux de paix devaient également lui être ouvertes. L'agriculture retire de cet usage un grand avantage.

La défense d'ester en justice les jours de fête nous

vient directement des Romains. Chez eux déjà on ne pouvait comparaitre qu'à certains jours, et depuis il en a toujours été de même. Cette coutume est le résultat d'idées religieuses; et aussi de cette idée, profondément humanitaire, que certains jours doivent être entièrement consacrés à la joie, et ne doivent pas être troublés par les chicanes et les procès. A ces jours toutes les figures doivent être réjouies, aucune ne doit être attristée par les soucis. L'homme ne peut continuellement lutter, il lui faut des heures de repos, où il sera assuré qu'aucune entreprise fâcheuse ne pourra être dirigée contre lui.

A Rome, la comparution ne pouvait également se faire après le coucher du soleil. *Solis occasus suprema tempestas esto*, avait dit la loi des Douze Tables. Pour un peuple d'agriculteurs, comme étaient les Romains à l'origine, la nuit était le moment du repos et des joies conjugales; ils ne la comprenaient point passée au forum, au milieu des luttes oratoires et des discussions judiciaires. Cette règle n'a point passé dans notre droit, et la chute du jour ne termine pas forcément les audiences. Devant certaines juridictions même, les conseils de prud'hommes, les audiences se tiennent généralement le soir, après que les ouvriers, leurs justiciables, ont terminé leur journée et fini leurs travaux.

Au point de vue pratique, nos usages sont supérieurs à ceux des Romains, mais ceux des Romains étaient peut-être plus humanitaires et plus philosophiques. Il y a dans la prescription de la loi des Douze Tables une poésie qu'on peut regretter de ne point rencontrer dans nos lois.

SECTION II.

La Comparution est-elle forcée ?

Du défaut du demandeur. — Du défaut du défendeur. — Des personnes qui ne sont point tenues de comparaitre.

La comparution est-elle forcée, est-elle facultative ?

Cette question ne souffre pas la moindre difficulté. Evidemment la comparution est forcée. Elle est forcée de la part du défendeur. En effet il a reçu un ordre de la justice d'avoir à se présenter devant elle, il doit obéir sans discussion, il doit obtempérer sans murmure à cet ordre, quand bien même il découvrirait des nullités dans l'acte, ou se croirait assigné devant un tribunal incompétent. Il ne lui appartient pas de trancher ces questions ; qu'il compareaisse d'abord, c'est une marque de déférence qu'il doit à la justice, il fera valoir ensuite ses moyens de défense. Admettre une autre théorie, soutenir que le défendeur peut à son gré comparaitre ou ne pas comparaitre, serait rendre illusoire l'exercice de la justice, ce serait la mettre à la merci des défendeurs, qui trouveraient dans la non-comparution le moyen d'échapper à une condamnation.

Quant au demandeur, sa comparution doit également être forcée. Il a appelé son adversaire devant les tribunaux ; il lui a donné un rendez-vous à jour fixe ; il lui a fait exposer des frais, peut-être nombreux, surtout si cet adversaire est éloigné du siège du tribunal ; il ne peut plus dès lors abandonner à son gré le procès. Il ne peut pas avoir forcé le défendeur à constituer un avoué, à choisir un

mandataire, à consulter peut-être un avocat, lui avoir fait faire inutilement toutes ces dépenses, et se retirer ensuite, quitte à recommencer le lendemain, et, à nouveau, lui occasionner de pareils frais. Ce serait un moyen trop facile de vexer un ennemi et de lui causer un dommage.

Comme la comparution du défendeur, la comparution du demandeur doit donc être forcée, et une sanction doit être mise à cette obligation de comparaître, car une obligation sans sanction n'est plus qu'une faculté.

Voyons quelle est la sanction de la comparution organisée par notre droit.

§ 1.

Parlons d'abord du demandeur.

A Rome, son défaut n'entraînait pas pour lui la perte de son droit ; le droit en litige restait intact et pouvait, quand bon semblait au demandeur, être déduit à nouveau en justice ; seulement le défendeur devait être indemnisé des frais par lui exposés. A cet effet le demandeur devait fournir, en remettant son libellé aux *executores*, certaines cautions, telles que les *cautiones in jure sistendi et præstandu ab his qui a territorio sibi obnoxios abstrahunt*.

Nous ne connaissons plus ces cautions du droit romain ; le défaut du demandeur est actuellement ainsi sanctionné : « Le défendeur qui aura constitué avoué pourra, sans avoir fourni de défenses, suivre l'audience par un seul acte et prendre défaut contre le demandeur qui ne comparait pas. » (Art. 154 du Code de procédure civile.) Ainsi la sanction de la non-comparution du demandeur est le défaut ; le défendeur prendra contre lui un jugement de défaut si, après ne s'être pas présenté à la barre au jour fixé, ce

demandeur ne s'y présente pas davantage au jour à lui dénoncé par l'avenir que lui fera donner le défendeur.

Quelle sera la conséquence de ce défaut ? Sous l'ancienne procédure et sous l'empire de l'ordonnance de 1667, le défaut-congé, ou simplement le congé (on appelait ainsi le défaut du demandeur), avait simplement pour but de renvoyer le défendeur, de lui donner congé, comme son nom l'indique. Le droit en litige restait intact, les prétentions du demandeur n'étaient nullement examinées, et il n'intervenait à leur propos aucune décision judiciaire. Le demandeur pouvait, quand il voulait, reprendre le procès, à condition de renouveler son assignation. Aucune peine ne lui était infligée, il ne devait aucun dommage-intérêt à son adversaire. Le défaut-congé avait uniquement pour but de soustraire le défendeur aux effets de l'assignation donnée et de lui permettre de ne plus s'en occuper.

Ce système regrettable, si dangereux pour les défendeurs, a-t-il passé dans notre droit actuel ?

Il compte de nombreux partisans. Ils invoquent en sa faveur les articles 154 et 434 du Code de procédure civile, l'article 154, qui dit simplement : « Le défendeur pourra prendre défaut contre le demandeur, » sans ajouter, comme le fait l'article 150, traitant du défaut du défendeur, « les conclusions de la partie qui le requiert sont adjugées, etc., » et l'article 434, encore plus formel à cause de l'opposition voulue existant entre ses deux alinéas, le premier, concernant le défaut du demandeur et disant simplement : « Le tribunal donnera défaut et renverra le défendeur de la demande, » sans parler d'adjudication de conclusions, et le second alinéa, visant le défaut du défendeur et disant nettement que, dans ce cas, les conclusions du demandeur lui seront adjugées. Ce

système, ajoute-t-on, est d'ailleurs en parfaite harmonie avec les principes généraux voulant que ce soit au demandeur à faire la preuve de son droit. Ce demandeur ne se présente pas, il ne fait pas sa preuve, ce n'est pas au tribunal à se mettre à sa place pour la faire ; mais le tribunal ne peut pas dire non plus qu'elle n'existe pas et accorder au défendeur sa libération ; il ne peut donc que constater l'absence du demandeur, et dire au défendeur : « allez-vous-en. » On invoque, il est vrai, le premier alinéa de l'art. 434, qui parle du renvoi de la demande, « le tribunal renverra le défendeur de la demande. » Si le jugement, dit-on, renvoie de la demande, c'est qu'il tranche le fond ; mais cet argument est loin d'être concluant. Alors même qu'il serait certain qu'en matière commerciale, et l'article 434 se réfère à la procédure commerciale, le défaut-congé tranchât la question au fond, ce ne serait pas une raison d'étendre la solution aux matières civiles. La loi déroge fréquemment aux règles ordinaires de la procédure en matière commerciale, et il ne faudrait voir là qu'une exception à l'article 154. Du reste il est loin d'être démontré que ce mot *renverra* ait la portée qu'on voudrait lui donner. Il peut tout aussi bien s'entendre d'un simple ajournement, *sine die*, du procès.

Un second système est beaucoup plus rigoureux pour le demandeur. Il consiste à dire que, sans avoir aucune vérification à faire, le tribunal, en présence du défaut du demandeur, doit trancher définitivement la question, même sur le fond, contre lui. Sa peine serait par conséquent la perte de son droit, à moins qu'il ne se pourvoie par opposition ou appel contre la décision qui l'a frappé.

Pour soutenir que le tribunal n'a aucun examen à faire de la question, on s'appuie sur les principes généraux

exposés dans le premier système pour démontrer que le tribunal ne pouvait pas examiner l'affaire. Pour conclure qu'il doit condamner, on produit des arguments de diverse nature. On fait remarquer tout d'abord que le Code de procédure a évité de se servir de l'ancienne dénomination, *congé*, qui cadrerait parfaitement avec l'idée d'un simple retard ; qu'il traite du défaut du demandeur et de celui du défendeur sous cette rubrique commune : des jugements par défaut et des oppositions, ce qui semble bien indiquer qu'il y a chose jugée et que la seule voie de l'opposition ou de l'appel est applicable dans l'un et l'autre cas. On dit : la place de l'article 154, au milieu du titre 8 du Code de procédure, milite dans le même sens. Il se trouve placé immédiatement avant ceux qui fixent les délais et les formes de l'opposition, or n'eût-il pas été plus naturel de le rejeter à la fin du titre si on avait voulu le soustraire aux règles ordinaires de l'opposition ? On ajoute qu'il ne faut pas isoler l'article 154 de l'article 434, que ces deux articles doivent être expliqués l'un par l'autre, et que, quand l'article 434 parle du renvoi de la demande, il semble beaucoup plus naturel de comprendre par là le renvoi touchant le fond même de la demande que le simple renvoi de l'assignation, qu'il doit donc en être de même de l'article 154. Puis, pourquoi créer une faveur au profit du demandeur ? Le défendeur défaillant n'est-il pas condamné à la perte de son droit, ou peu s'en faut ? Pourquoi n'en serait-il pas de même du demandeur ? Enfin on insiste beaucoup sur cette considération qu'il serait intolérable qu'un demandeur puisse ainsi à chaque instant assigner un adversaire, lui faire exposer des frais, préparer une défense, et ensuite fasse défaut, se retire et laisse ces frais à la charge du défendeur. Ce serait un moyen de vexation

trop commode mis à la disposition des gens, et c'est là un argument d'un grand poids ; nous avons réfuté les autres par avance, ou nous n'y attachons aucune importance, ce n'est pas la place de l'art. 154 dans le titre 8, ou le besoin d'égalité entre le demandeur et le défendeur, qui entraînerait notre conviction ; mais celui-là subsiste avec toute sa force.

Enfin, dans un troisième système mixte, qui sera le nôtre, on fait une distinction. On dit : il n'est pas possible d'admettre que le tribunal puisse juger le fond sans entrer dans aucun examen de la demande. Si le défendeur se borne à réclamer défaut, on le lui accordera, et ce défaut ne produira d'autre effet qu'un renvoi tout simple de l'assignation. Mais cette attitude n'est pas la seule que puisse prendre le défendeur ; il pourra aussi déposer des conclusions sur le fond, et alors le tribunal les lui adjugera, après les avoir vérifiées et reconnues fondées. Ce système peut se prévaloir jusqu'à un certain point de la tradition postérieure à l'ordonnance de 1667 ; Rodière le suivait. Il donne complètement satisfaction aux besoins de la pratique, car le défendeur ne sera plus exposé à des frais inutiles, le demandeur complètement libre de paraître. Le défendeur pourra toujours prendre des conclusions tendant à l'indemniser des frais faits par lui en pure perte, et même à lui faire adjuger le bénéfice du droit litigieux, s'il parvient à démontrer le bien fondé de sa prétention. Le demandeur, toujours exposé à la perte de son droit, trouvera dans ce danger un stimulant à comparaître. Enfin ce système cadre avec toutes les explications qu'on peut donner des articles 154 et 434, et ne se met pas en opposition avec les principes généraux ; il ne fait pas faire par le tribunal la preuve du droit du demandeur, il ne fait que

faire vérifier par lui les prétentions du défendeur, ce qui est en parfaite harmonie avec les principes.

Telles sont les conséquences du défaut du demandeur, arrivons au défaut du défendeur.

§ 2.

Le défendeur peut faire défaut de deux façons bien distinctes (1). Il peut ne pas accepter le procès, se reconnaître vaincu d'avance et ne pas répondre à l'assignation, c'est le défaut faute de comparaître. Il peut aussi, après avoir accepté le procès, avoir constitué avoué, ou s'être rendu devant le juge, dans les juridictions où le ministère des avoués n'est pas nécessaire, ne plus prendre part au procès, ne pas conclure; sa présence à la barre n'est qu'une marque de déférence pour le tribunal devant lequel il a été appelé; c'est le défaut faute de conclure.

Ces deux sortes de défaut se retrouvent devant toutes les juridictions, et, quoique devant celles où l'on ne comparait pas par avoué, les conséquences de ces deux défauts soient les mêmes et que, par suite, on ne les distingue pas au premier abord, elles n'en existent pas moins. Cela tient à la nature même des choses. Voici ce qu'à ce propos écrit M. Glasson dans son *Précis de procédure civile* :
« Ces deux sortes de défaut ne tiennent pas aux formes
» de la procédure, à la nécessité de constituer avoué, elles
» résultent de la nature même des choses. Il suit de là
» qu'elles pourront exister devant des juridictions où le

(1) Dans notre ancien droit, il y avait encore une troisième sorte de défaut, le défaut faute de signifier ses défenses; mais il n'existe plus aujourd'hui.

» ministère des avoués est interdit, ainsi en matière com-
» merciale. Il est vrai que pour les justices de paix le légis-
» lateur n'établit qu'un seul et même système dans tous
» les cas où il y a défaut ; il n'en reste pas moins vrai que,
» devant le juge de paix, comme devant les autres juri-
» dictions, on peut faire défaut faute de comparaître, ou
» de conclure ; seulement cette distinction perd tout inté-
» rêt parce que les règles établies par la loi sont les mêmes
» dans les deux cas (1). »

Quelles sont les conséquences du défaut du défendeur ?

Dans les deux cas elles sont les mêmes au point de vue qui nous occupe ; il n'y a de différence qu'au point de vue des formes et des délais de l'opposition, mais la sanction est unique : le défendeur défaillant s'expose à être condamné sans s'être défendu, et à voir adjuger à son adversaire ses prétentions sur un simple et sommaire examen de la cause. Telle est la doctrine qui ressort des articles 149 et 150 du Code de procédure civile : « Art. 149. — Si le défendeur ne constitue pas avoué, ou si l'avoué constitué ne se présente pas au jour indiqué pour l'audience, il sera donné défaut. » — « Art. 150. — Le défaut sera prononcé à l'audience sur l'appel de la cause, et les conclusions de la partie qui le requiert seront adjugées si elles se trouvent justes et bien vérifiées. » Les articles 19 et 434 établissent les mêmes règles pour les justices de paix et les tribunaux de commerce.

Ainsi le défendeur n'est pas maître d'entraver le cours de la justice. Qu'il compare ou non, l'affaire suit son cours. S'il ne comparait pas, on constate simplement son

(1) Glasson, *Précis de procédure civile*, p. 330.

défaut, et, au lieu de se livrer à un examen approfondi des prétentions du demandeur, on vérifie seulement si elles paraissent justes et bien fondées. On voit de suite le danger du défaut pour le défendeur. Il sera condamné sans s'être défendu, et sera à la merci d'un adversaire habile, qui saura exposer son procès d'une façon vraisemblable. Ce sera là sa peine. A Rome, autrefois, elle consistait dans l'envoi du demandeur en possession de ses biens. Le défendeur défaillant était toujours puni, car ce qui donnait lieu à la *missio in possessionem*, c'était le seul fait du défaut; quant au droit, il n'était point examiné et restait intact. Ce système a paru trop dur à notre législateur; il lui a paru impossible d'admettre qu'un procès fût nécessairement entravé par l'absence, volontaire ou forcée, d'une des deux parties; il a alors imaginé le système que nous venons d'exposer, beaucoup plus favorable aux défendeurs, dont le défaut n'entraîne pas forcément la condamnation (1).

Mais à partir de quand peut-on dire au juste que le défendeur fait défaut, et peut-on lui appliquer la procédure de cet incident? L'article 149 répond à cette question : il y a défaut si, au jour indiqué pour l'audience, le défendeur n'a pas constitué avoué, ou si son avoué ne se présente pas. L'un de ces deux événements venant à se produire, c'est un droit pour le demandeur de faire constater le fait par le tribunal et de lui faire prononcer le défaut contre son adversaire.

A cette règle sévère quelques adoucissements pourtant ont été apportés, soit par l'usage, soit par la loi. Ainsi il

(1) On peut voir dans la *Revue de la Réforme judiciaire*, année 1885, n° 5, p. 548 et suivantes, une autre théorie exposée par M. de la Grasserie, juge au tribunal de Rennes, relativement à la sanction du défaut. Entre autres peines contre le défaillant, M. de la Grasserie demande contre lui une amende de 100 francs.

peut arriver qu'à l'appel de la cause, l'avoué du défendeur ne soit point encore à l'audience. Il a été retenu ailleurs par les exigences de sa charge. Le défaut ne sera pas immédiatement prononcé contre lui, on attendra la fin de l'audience, ce n'est qu'à ce moment, si personne n'est encore venu, que le défaut sera adjugé au demandeur. Il en est de même dans toutes les autres juridictions. Le défendeur a tout le temps de l'audience pour se présenter. L'usage a apporté ce tempérament aux rigueurs de la règle. La loi en a apporté quelques autres.

Si le juge de paix sait par lui-même, ou par les représentations qui lui seraient faites à l'audience par les proches, voisins ou amis du défendeur, que celui-ci n'a pu être instruit de la procédure, il pourra, en adjugeant le défaut, fixer, pour le délai de l'opposition, le temps qui lui paraîtra convenable, et, dans le cas où la prorogation n'aurait été ni accordée d'office, ni demandée, le défaillant pourra être relevé de la rigueur du délai et admis à opposition, en justifiant qu'à raison d'absence ou de maladie grave, il n'a pu être instruit de la procédure. (Art. 21, Code de procédure civile.) On n'accorde dans ce cas qu'un défaut conditionnel, si je puis ainsi parler.

Si la citation a été donnée sans observer les délais légaux, et que le défendeur, sur cette citation, ne compare pas, quoiqu'elle soit valable, car en matière de citation rien n'est prescrit à peine de nullité, et qu'en conséquence, en vertu des principes généraux, le défaut dût être prononcé, le législateur a décidé qu'il n'en serait rien, et que le juge devrait ordonner la réassignation du défendeur. (Art. 5, Code de procédure civile.)

Lorsque plusieurs parties auront été citées pour le même objet à différents délais, il ne sera pris défaut contre au-

cune d'elles qu'après l'échéance du plus long délai. (Art. 151.) Dans ce cas, pour éviter l'inconvénient de la contrariété des jugements, le profit du défaut ne sera pas immédiatement adjugé au demandeur ; il sera réservé pour être joint à la cause contradictoire. (Art. 155.)

Enfin les articles 31, 41 et 43 de l'Avis du Conseil d'Etat du 20 février 1810 accordent aux justiciables des Conseils de prud'hommes les mêmes avantages que les articles 5 et 21 du Code de procédure accordent à ceux des justices de paix.

Tel est le droit actuel relatif à l'obligation de la comparution. Il est général. Toute personne assignée doit comparaître, et il n'existe dans notre législation qu'une exception à cette règle, exception dont nous allons maintenant parler.

§ 3.

Les agents diplomatiques, ambassadeurs, ministres plénipotentiaires, consuls chargés d'une mission (autrement ils ne rentrent pas dans la catégorie des agents diplomatiques), leurs femmes, les membres de leurs familles, les personnages de leur suite, et même leurs domestiques étrangers ne sont pas forcés de comparaître devant nos tribunaux, sauf le cas où le salut de l'Etat l'exigerait, car alors aucun privilège ne saurait exister. C'est là une immunité qui leur a toujours été reconnue et qui est confirmée par de nombreux textes législatifs.

Ce privilège existait déjà dans l'ancien droit (1) ; l'Assemblée Constituante déclara, par une décision du 11 dé-

1) Voy. Merlin, Rép. v° *Ministère public*.

cembre 1789, que, dans aucun cas, elle n'avait entendu porter atteinte par ses décrets aux immunités des ambassadeurs et ministres étrangers (1). Le principe a encore été consacré par un décret de la Convention nationale du 13 ventôse an II. Après avoir interdit à toute autorité constituée d'attenter en aucune manière à la personne des envoyés des gouvernements étrangers, ce décret porte que « les réclamations qui pourraient s'élever contre eux seront portées au Comité de Salut Public, qui seul est compétent pour y faire droit (2). » Enfin un arrêté du 22 messidor an XIII, décida que ces différends seraient portés devant le ministre des affaires étrangères. Qu'est-ce à dire sinon que la voie diplomatique est la seule ouverte pour donner satisfaction aux intérêts privés, lésés par les envoyés des nations étrangères (3)? La jurisprudence n'a jamais donné à ces textes une autre interprétation.

La raison de cette immunité est fort bien expliquée par Montesquieu : « Le droit des gens, dit-il, a voulu que les » princes s'envoyassent des ambassadeurs, et la raison, » tirée de la nature des choses, n'a pas permis que ces » ambassadeurs dépendissent du Souverain chez qui ils » sont envoyés, ni de ses tribunaux ; ils sont la parole du » prince qui les envoie, et cette parole doit être libre. » Aucun obstacle ne doit les empêcher d'agir (4). »

Ce privilège de juridiction a une force si grande qu'il couvre même le Français, ministre d'un Etat étranger. Le fait s'est récemment présenté dans un procès intenté à un Français, M. Harran, ministre de la République de Honduras

(1) Fœlix, tome I, n° 26.

(2) Fœlix, *loc. cit.*

(3) Demangeat, *Droit international*, id., 1875, p. 91.

(4) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. XXI.

à Paris. M. Harran avait été cité devant le tribunal de la Seine ; le tribunal déclara l'assignation nulle : « Attendu, » dit-il, que s'il est vrai qu'il a conservé sa qualité de » Français, il n'en jouit pas moins des immunités diplomatiques inhérentes à la fonction dont il est investi, et » qu'il serait contraire au droit des gens et à l'indépendance réciproque des nations, que le représentant de » l'une d'elles fût justiciable des tribunaux du pays où il » représente un Etat souverain. » Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour de Paris du 30 juin 1876 (1).

Non-seulement le ministre étranger peut faire déclarer nulle l'assignation à lui donnée, en comparaisant sur cette assignation et en proposant une fin de non recevoir, comme l'a fait M. Harran ; mais il peut aussi ne pas comparaître et laisser au ministère public le soin d'opposer le déclinatoire. Le tribunal devrait même au besoin se déclarer d'office incompétent. Forcer l'agent diplomatique à venir exciper lui-même de sa qualité et proposer l'incompétence serait encore le rendre justiciable des tribunaux français, ce que l'on ne veut pas, ce qui ne doit pas être. Il n'est pas tenu de comparaître, et s'il ne comparait pas, on ne saurait le condamner par défaut. Cette immunité diplomatique est d'ordre public et ne saurait être enfreinte. Un ambassadeur n'a pas à déférer à un ordre qui lui est donné au nom de la justice du pays où il est accrédité. Si on a quelque chose à réclamer à un tel personnage, on s'adresse au ministre des affaires étrangères, qui agira par voie diplomatique.

Ce que nous venons de dire des ministres étrangers, comme du reste tout ce que nous avons dit dans cette

(1) Sirey, année 1877, 2, 17.

section, est général et s'applique aussi bien aux tribunaux ordinaires qu'aux tribunaux extraordinaires.

A part cette catégorie de personnes, tous les justiciables des tribunaux français doivent comparaître, sous peine des condamnations dont nous avons parlé, et aucune excuse n'est admise. Les charges municipales, la maladie, la tempête, les débordements des fleuves, la grossesse pour les femmes ne sont plus des causes d'excuses, comme elles l'étaient en droit romain (loi 2, § 1 et suivant, Digeste, liv. II, titre XI), et cette transformation était déjà effectuée dans notre ancien droit, où on ne trouvait plus d'excoines qu'en matière criminelle. C'est qu'en effet un justiciable peut être empêché de comparaître personnellement, mais, avec les progrès de la civilisation, et dans l'état actuel de notre droit où la représentation est permise, on peut toujours charger un mandataire de parler pour soi à l'audience; on est donc toujours en faute de ne pas comparaître.

SECTION III.

Les parties peuvent-elles se faire assister dans leur comparution? — Des avocats et de leur monopole. — Des exceptions à ce monopole.

§ 1.

Il ne suffit pas, pour que la justice soit bien rendue, que les parties comparaissent devant le tribunal, par elles-mêmes ou par des fondés de pouvoirs, imposés ou choisis; il faut encore que l'affaire soit nettement et clairement

exposée aux juges, qu'on fasse ressortir à leurs yeux les principes du droit sur lesquels est basée la prétention, qu'on puisse discuter, et au besoin réfuter, les arguments et les réponses de l'adversaire, éclairer le tribunal de ses lumières, et ainsi lui faciliter une tâche qui, sans cela, bien souvent serait au-dessus de ses forces, étant donné le nombre des affaires qu'il doit examiner. Pour remplir cette mission, il faut être tout à la fois un homme éloquent et un jurisconsulte ; le premier plaideur venu ne peut s'acquitter de cette tâche.

Il fallait donc permettre aux parties de se faire assister dans leur comparution de personnes qui suppléeraient à leur insuffisance. On ne peut qu'à cette condition arriver à avoir une justice égale pour tous. L'homme de la campagne, ignorant des choses du droit et du beau langage, ne pourra jamais lutter utilement à une barre avec un avocat disert et retors. Il faut donc qu'il puisse, lorsqu'il se trouvera en conflit avec un pareil homme, lui en opposer un autre, aussi fin, aussi subtil. Telle est la raison d'être de ces défenseurs que nous appelons des avocats et qui de tous temps ont existé, qui sont aussi vieux, on peut le dire, que les tribunaux devant lesquels ils plaident, et qui font remonter leurs origines jusqu'aux origines mêmes de l'histoire, en passant par Cicéron, Démosthènes et les héros du vieil Homère. Ils ne répondent pas seulement en effet à un besoin pratique, ils répondent aussi à un besoin du cœur.

C'est un besoin naturel, inné chez nous, je dirai même c'est une impulsion de la conscience, de défendre, quand nous nous en sentons la force et la capacité, celui auquel nous nous intéressons, que nous aimons, quand nous le voyons attaqué, quand nous le trouvons dans la peine et

dans l'ennui, comme on l'est lorsque les soucis d'un procès vous assaillent de tous côtés et qu'on ne voit personne autour de soi pour vous soutenir. C'est un effet aussi de notre nature, quand nous avons à lutter, de n'avoir du courage, de n'être maîtres de toutes nos forces, que lorsque nous nous sentons appuyés et protégés par quelqu'un en qui nous avons mis notre confiance, et que nous croyons de taille à combattre à armes égales avec notre adversaire ; sans quoi, nous sommes faibles et nous nous laissons vaincre, nous n'osons répondre aux arguments de notre ennemi, nous avons peur de nous compromettre, nous redoutons sa science et nous nous méfions de la nôtre.

Il fallait donner satisfaction à ces deux besoins ; il fallait permettre aux parties de se faire assister dans leur comparution de ces défenseurs dont nous venons de démontrer l'impérieuse nécessité, et que toutes les législations ont admis et reconnus, depuis la législation des Douze Tables jusqu'aux lois les plus récentes. L'avoué ne suffisait pas ; étant en nombre restreint, ces hommes de loi ont suffisamment à faire à s'occuper des détails de la procédure, et le temps leur manque pour faire les recherches et les études que nécessite l'examen approfondi d'un procès. A côté de l'avoué il fallait placer l'avocat. Notre droit l'a compris, il a permis leur assistance.

§ 2.

Mais ce défenseur, cet avocat pourra-t-il être le premier venu ? N'importe quel assistant à l'audience pourra-t-il se présenter et dire : « Je prends en main la cause d'un tel et je la soutiens, je m'en crois capable. » Théoriquement

ce serait fort beau. Cette assistance donnée par cela seul qu'on serait convaincu de la justesse de la cause qu'on veut soutenir indiquerait un peuple de l'âge d'or. Ce serait là la défense idéale, celle que le cœur fait comprendre et désirer, celle qui put être pratiquée lorsque la seule loi était la conscience ou des usages connus de tous, comme au temps du siège de Troie, ou à l'époque de la féodalité, quand la justice se rendait sous un chêne. Alors les guerriers, les moines pouvaient ainsi prendre en mains la défense des pauvres et des opprimés. Est-ce celle que la raison conçoit lorsqu'une loi compliquée domine les tribunaux, et que les juges doivent appliquer le droit avant de chercher à rendre une décision équitable et juste? Ce que le défenseur doit leur dire, ce n'est pas, ceci est bien ou mal, mais ceci est légal ou ne l'est pas. Pour qu'il puisse le faire, pour que le tribunal ait confiance dans sa parole, pour que sa défense soit supérieure à ce que pourrait dire la partie elle-même, ce qui est sa seule raison d'être, il faut que le défenseur ait donné des preuves de la connaissance de cette loi qu'il veut interpréter. Il fallait se méfier de ces orateurs improvisés ou présomptueux qui n'auraient fait que gaspiller le temps précieux des tribunaux, et n'auraient servi qu'à obscurcir plutôt qu'à éclairer les affaires, à nuire à leurs protégés plutôt qu'à les sauver.

Une autre considération était encore à méditer. Fallait-il admettre toute personne indistinctement, pourvu qu'elle fût savante et versée dans la science du droit, à soutenir la cause d'une partie, à venir en son nom se faire l'auxiliaire de la justice, quelle que fût cette personne, aussi peu honorable, aussi peu digne de confiance fût-elle. N'était-il pas à craindre qu'en permettant à de pareilles gens

l'accès des tribunaux, en qualité de défenseurs, on ne rabaissât la dignité d'une profession que l'intérêt social demande à voir entourée de respect et de confiance? Le juge doit pouvoir se fier à l'avocat, s'en rapporter à ce qu'il avance; ses paroles doivent avoir pour lui une présomption de vérité. Cela ne peut être que si l'avocat est incapable de tromper, de chercher à surprendre la religion du tribunal, et s'il est animé du seul désir de faire éclater la vérité. Les parties ne peuvent s'abandonner à leur défenseur en toute assurance, lui confier leurs secrets, que s'il est au-dessus de tout soupçon, et réputé incapable de les trahir ou de leur conseiller un mauvais procès dans l'espérance d'un gain futur. A ces seules conditions le défenseur sera d'un réel secours pour les juges et pour les justiciables.

Sera-t-il toujours tel s'il n'y a qu'à mettre une plaque à sa porte pour s'intituler avocat? L'expérience a trop démontré qu'il n'en était rien. Tous ces agents d'affaires, tous ces plaideurs de village, qui encombrent les prétoires des justices de paix, se sont chargés de prouver surabondamment le contraire.

Des conditions de capacité, des conditions de moralité doivent donc être exigées de la part de ceux qui aspirent à l'honneur de se dire avocats, et il ne suffit pas à mon avis d'être citoyen français, d'être pourvu d'un diplôme de licencié en droit délivré par une Faculté française, d'avoir fait enregistrer ce diplôme au greffe du tribunal dans le ressort duquel on est domicilié, d'avoir dans le ressort d'un tribunal français son domicile légal et sa résidence effective, de posséder dans toute sa plénitude la jouissance des droits civils, civiques et de familles (ce sont là les seules conditions que le Congrès de la Réforme ju-

diciaire, tenu à Paris au mois de septembre 1887, voudrait exiger des avocats) (1); on peut réunir toutes ces conditions et ne pas être le parfait honnête homme que doit être tout défenseur. Il faut une condition de plus, un brevet de parfaite honorabilité, délivré par une autorité compétente, qui pourra le retirer si la nécessité s'en fait sentir, et si son bénéficiaire cesse d'en être digne. De tous temps on a pensé que celui qui était appelé à l'honneur de défendre les autres devait être supérieur à ces autres, non-seulement en science, mais encore en honnêteté, et on lui a toujours demandé de prouver qu'il était non-seulement savant, mais encore qu'il était plus que ce que l'on appelle un honnête homme dans le langage courant et vulgaire. C'est ainsi que Solon, l'immortel législateur de la Grèce, fit, sur la discipline du barreau, des règlements sévères qui longtemps après lui étaient encore en vigueur. Seul l'homme libre pouvait être avocat. Ceux qui avaient manqué de respect envers leurs parents, ceux qui avaient refusé de se charger de la défense de la patrie ou de quelque fonction publique, ceux qui faisaient un commerce scandaleux ou contraire à la pudeur, ceux qui avaient notoirement des mœurs dissolues, ou avaient été vus dans quelque lieu de débauche, étaient déclarés par lui indignes d'exercer cette noble profession (2). A Rome, les patrons purent seuls d'abord être défenseurs, et quand, plus tard, les plébéiens eurent conquis ce droit, ceux d'entre eux qui voulaient l'exercer devaient mener une vie capable d'imposer le respect; chez eux, à côté de l'orateur devait exister le parfait honnête homme. Rappelons-nous la défi-

(1) Voir à ce propos, *Revue de la Réforme judiciaire*, année 1887.

(2) Dalloz, *Rép. v^o Avocat*, n^o 12.

nition de Cicéron, *vir bonus dicendi peritus*. Au moyen âge, dès que nous voyons poindre une apparence d'organisation judiciaire, nous voyons apparaître un corps d'avocats, dont on exige des conditions de capacité et de moralité. Saint Louis, dans ses Etablissements, où il leur consacre un chapitre, le chapitre xiv du livre II, en parle dans ce sens. Enfin, à partir de l'ordonnance du 13 février 1327, ils furent organisés en barreaux ; chaque barreau édicta pour lui des règles de discipline intérieure, et ce fut à lui que fut confié le soin de ne laisser s'introduire parmi ses membres, ou y demeurer, aucun avocat indigne.

Un moment, sous la Révolution, le décret du 15 décembre 1790 vint rendre libre la profession d'avocat ; le seul certificat de civisme était nécessaire pour être ce que l'on appelait un défenseur officieux. On sentit vite les funestes conséquences de cette innovation, et rapidement on en revint aux anciennes règles, encore suivies de nos jours dans leurs grandes lignes. Le décret du 14 décembre 1810 et l'ordonnance de 1822, textes réglementaires de la profession d'avocat, exigent de ces personnes des conditions de moralité en même temps que des conditions de capacité ; ils les soumettent à la juridiction disciplinaire du Conseil de l'Ordre et laissent à ce Conseil le soin de décider de l'admission ou de la non-admission d'un postulant dans l'Ordre, sauf appel de la décision devant la Cour.

Nous avons ainsi établi ce que nous paraissait devoir être l'avocat. Du droit idéal, passons au droit positif. Que sont les avocats de nos jours ? Ce sont avant tout des citoyens français. Ils doivent justifier de leur savoir en faisant enregistrer au greffe de la Cour dans le ressort de laquelle ils veulent se fixer leur diplôme de licencié en droit, délivré par une Faculté française, et subir un stage

de trois années, après lequel seulement ils sont avocats complets et acquièrent le droit de signer des consultations, après avoir eu celui de plaider. Ils justifient de leur honorabilité par leur admission à un barreau, qui s'est livré à une enquête minutieuse sur leur conduite. Les jeunes avocats doivent en outre, avant d'entrer en fonction, prêter serment, en audience publique, devant la Cour de « ne rien dire ou publier, comme défenseur ou conseil, » de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes » mœurs, à la sûreté de l'Etat et à la paix publique, et de » ne jamais s'écarter du respect dû aux tribunaux et aux » autorités publiques. » (Ordonnance de 1822, art. 38.)

L'usage veut qu'ils soient présentés à ce serment par un ancien avocat, et qu'ils le prêtent en robe, debout et la main levée.

Aucune condition d'âge n'est requise. On arrive par voie de déduction à établir que, ne pouvant entrer dans une école de droit avant 16 ans, devant y passer trois ans avant d'être reçu licencié, on ne peut être avocat avant 19 ans, mais aucun texte ne prescrit cet âge. C'est là une lacune; la maturité d'esprit résultant de l'âge est une garantie qu'il aurait fallu exiger d'un défenseur. A 19 ans un jeune homme n'est point encore mûr pour la défense d'une affaire grave, et elle peut lui incomber d'office; du reste il remplit en quelque sorte une fonction publique, étant un auxiliaire de la justice, il devrait donc au moins être citoyen, c'est-à-dire avoir 21 ans. Cet âge est réclamé pour les avocats dans un projet de loi récemment déposé sur le bureau de la Chambre des députés par M. Vergoin, député de Seine-et-Oise. Cette loi ne ferait que confirmer en quelque sorte l'ordonnance de 1822, qui ne permet pas à un avocat âgé de moins de 22 ans de plaider avant deux

années de stage, c'est-à-dire avant 21 ans, mais cette prescription de l'ordonnance n'est pas suivie, on prétend même qu'elle est abrogée, voilà pourquoi une loi sur ce point serait utile.

Tel est l'avocat français; il répond assez bien à l'idée que nous nous faisons de l'avocat; peu de changements sont donc à apporter sur ce point à notre législation. Les règlements de certains barreaux sont peut-être un peu sévères, contiennent peut-être des prescriptions un peu surannées, comme celles qui défendent à leurs membres d'exercer certaines autres professions, parfaitement honorables, ou de se faire les mandataires de leurs clients; mais en général le système est bon et doit être maintenu.

Ces avocats peuvent plaider devant tous les tribunaux français, mais eux seuls; ils ont un monopole. Les prescriptions du décret du 14 décembre 1810, et de l'ordonnance de novembre 1822, qui restreignaient le privilège des avocats aux tribunaux de leurs départements, quand ils étaient inscrits au barreau d'un tribunal d'arrondissement, aux tribunaux du ressort de la Cour quand ils étaient inscrits au barreau d'une Cour, ont été abolies par l'ordonnance dès 27 août-10 septembre 1830. Toute autre personne ne peut prendre la parole, en qualité de défenseur, devant les tribunaux. On ne peut se faire assister dans sa comparution que d'un avocat inscrit. Peut-on se faire assister de plusieurs? La loi ne le défend nulle part, il y a donc liberté pour les parties d'amener avec elles autant d'avocats que bon leur semblera, sauf bien entendu le droit du tribunal de se refuser à entendre les derniers lorsqu'il croira la cause suffisamment éclairée.

§ 3.

Ce privilège des avocats souffre-t-il des exceptions? Cinq, à mon avis.

1^o La partie qui se sent assez de capacité pour soutenir elle-même ses prétentions peut être son propre avocat ; assistée de son avoué, elle peut elle-même défendre sa cause. Pourquoi l'en empêcher? N'est-ce pas son droit naturel, imprescriptible, supérieur à toute loi? Le droit de se défendre n'est-il pas sacré, et n'est-ce pas à nous d'abord qu'incombe le soin de nous protéger, avant de nous adresser pour cela à autrui? Un plaideur manifestant l'intention de parler lui-même devant ses juges doit donc être écouté, et la parole ne saurait lui être retirée que s'il en faisait un mauvais usage, s'il n'arrivait pas à faire comprendre ses désirs, si sa passion ou son inexpérience l'empêchait de discuter avec la décence convenable ou la clarté nécessaire. Le devoir du tribunal serait alors de l'interrompre, dans l'intérêt de l'ordre et même des parties, mais il ne devra se déterminer qu'à regret à l'exercice de cette faculté. (Art. 85, Code de procédure civile.) (1)

2^o Une seconde exception consiste dans la faculté accordée aux juges en activité de service, aux procureurs généraux, avocats généraux, procureurs de la République, substituts des procureurs généraux et de la République, de plaider, dans tous les tribunaux, les causes de leurs femmes, de leurs parents ou alliés en ligne directe, et de leurs pupilles. (Art. 86, Code de procédure civile.)

(1) Locré, tome XXI, p. 533 et 572.

Ces personnes, au point de vue de la science et de l'honorabilité, présentent toutes les garanties possibles pour être d'excellents défenseurs, elles ont les mêmes titres universitaires que les avocats et sont également honorables. Elles peuvent même être dans certains cas de meilleurs défenseurs que tous ceux auxquels on aurait recours. Mais la profession qu'elles exercent, le respect qui doit entourer la magistrature, le soupçon de partialité pour un ancien client ou pour un adversaire qui pourrait être le justiciable du lendemain, leur ont fait interdire l'accès de la barre; les luttes ardentes du barreau ne conviennent pas à la gravité du magistrat. Il a paru cependant trop dur de leur fermer la bouche quand il s'agirait de gens qui leur sont chers, que la voix du cœur et de la nature leur crierait de soutenir et de protéger (1), et alors on a édicté l'exception dont nous parlons.

3^o La troisième exception se rencontre à la Cour de cassation. Devant le tribunal suprême les avocats eux-mêmes ne sont point admis à prendre la parole. Seuls le peuvent faire, avec les parties et les personnes mentionnées à la seconde exception, les avocats à la Cour de cassation, qui sont les avoués de cette juridiction. Les autres avocats ont essayé de revendiquer leur droit, fondé sur la tradition et aussi sur la loi; il faut bien le reconnaître, les textes qui visent les avocats sont généraux et ne mettent nullement à part la Cour de cassation. Mais, après un refus du Premier Président Séguier de laisser plaider devant lui un avocat à la Cour de cassation parce qu'il le considérerait plutôt comme un avoué que comme un avocat, la Cour suprême, par voie de règlement et par

(1) Voy. Loqué, tome XXI, p. 260 et 533.

mesure de représailles, a fermé à tous les avocats la Chambre des requêtes et la Chambre civile. Cet usage est contraire à la loi ; mais il n'en constitue pas moins une exception de fait, sinon de droit.

4^o Enfin mentionnons que, dans les petits tribunaux où les avocats ne sont pas assez nombreux, les Cours peuvent autoriser les avoués à plaider ; mais ce n'est pas là une véritable exception, ce plaidoyer n'étant en somme que l'exposé des explications que tout plaideur doit donner au tribunal. Les avocats n'étant pas là pour la faire, cette besogne doit être accomplie par les avoués. Pourtant les avoués de ces tribunaux peuvent dépasser la mesure des simples explications, et alors véritablement on peut dire que cette autorisation constitue en leur faveur une exception. Chaque année les Cours désignent dans leur ressort les tribunaux où les avoués seront ainsi admis à plaider. Ajoutons aussi qu'ils peuvent toujours et partout plaider les demandes incidentes, qui sont de nature à être jugées sommairement, et tous les incidents relatifs à la procédure. (Ordonnance du 27 février 1822.)

Ne devrait-on pas permettre aux avoués de faire pour toutes les affaires ce qu'ils peuvent faire pour les demandes incidentes, et les autoriser à plaider toutes les causes, de concert avec les avocats ? Beaucoup le pensent. Au point de vue théorique, ils réunissent généralement toutes les conditions de savoir et de moralité des avocats, on peut du reste les exiger d'eux ; on ne voit pas dès lors pourquoi on leur refuserait le droit de plaider. Cette défense se comprenait sous l'ancien régime, où l'on était fort partisan des corporations, des monopoles, où il ne suffisait pas de savoir faire une chose pour avoir la liberté de la faire, où le métier de procureur était loin d'avoir acquis la considé-

ration dont il est entouré de nos jours. Elle ne se comprend plus aujourd'hui.

Une seule objection sérieuse peut être faite à cette réforme : l'avoué, peut-on dire, tout occupé de sa procédure, ayant de nombreuses affaires à suivre, n'a pas le temps suffisant pour approfondir un procès et préparer une plaidoirie.

A cette objection on répond : une première réforme en amènera une seconde. Quand les avoués plaideront, on pourra supprimer immédiatement toutes ces formalités inutiles, telles que les requêtes grossoyées par exemple, qui encombrant notre procédure et ne sont maintenues que parce qu'elles procurent aux avoués la plus grande partie de leurs émoluments. Les avoués, trouvant dans la plaidoirie une compensation à la perte de ces honoraires, n'auraient plus à se plaindre de voir rendre improductives des charges que l'Etat leur a fait payer un prix élevé, qu'il s'est par conséquent engagé vis-à-vis d'eux à laisser lucratives. On pourrait aussi augmenter le nombre de ces officiers ministériels et ne laisser à chacun d'eux à s'occuper que d'un moins grand nombre d'affaires.

L'expérience de chaque jour démontre que la réforme réclamée n'est point une utopie. Dans beaucoup de tribunaux, et spécialement dans une zone qui va s'élargissant sans cesse autour de Paris, les barreaux ont disparu, ou disparaissent chaque année. Leurs fonctions ont passé aux compagnies d'avoués, et l'administration de la justice n'en a jamais souffert. Devant les tribunaux de commerce, les agréés sont à la fois avoués et avocats, les commerçants ne se sont jamais plaints de cette réunion sur une seule tête de deux fonctions séparées devant les juridictions civiles.

Le plaideur répugne à toute complication d'organisation, et, de même qu'il s'étonne devant les divisions et les subdivisions, les degrés, les compétences de nos tribunaux, de même il n'admet que difficilement les règles, coutumières ou légales, qui divisent entre des hommes d'affaires de classes différentes les diverses parties du domaine judiciaire, semblant leur concéder sur chacune une sorte de monopole d'exploitation de la matière justiciable.

C'est pourquoi il réclame l'unification de la défense en justice. Où va sa confiance, il veut pouvoir porter ses pièces et trouver chez celui qu'il a choisi, à tout instant du débat, et jusqu'à la solution définitive, quelque forme qu'elle revête, quelqu'incident qui se présente, le concours utile et complet dont il a besoin.

L'Allemagne et l'Italie nous ont précédés dans cette voie et s'en applaudissent. Pourquoi n'imiterions-nous pas nos voisins? Ils ont expérimenté la réforme, l'expérience leur a réussi, suivons-les donc.

5^o Nous avons dit que les avocats avaient le privilège de plaider devant toutes les juridictions. Nous venons d'indiquer déjà quelques exceptions à cette règle, il nous reste à en indiquer une dernière : les avocats ne peuvent pas plaider devant les juridictions commerciales.

Devant ces juridictions les plaideurs peuvent se faire assister par des mandataires, des gens responsables vis-à-vis d'eux de la direction des débats et de la bonne conduite du procès. La défense orale par un mandataire est autorisée, cela résulte d'un argument *a contrario* très formel tiré de cette phrase de l'art. 627 du Code de commerce : « Nul ne pourra plaider s'il n'est muni d'une procuration spéciale, » donc ceux qui seront munis de cette

procuration, les mandataires, pourront plaider, et aucune condition n'est exigée de ces mandataires plaidants. Mais un avocat pourra-t-il se présenter devant des juges consuls pour assister une partie dans sa défense ? Rien n'est moins certain. La raison de douter vient de l'impossibilité pour un avocat de se faire le mandataire de son client, et de ce que, d'un autre côté, l'article 627 du Code de commerce semble exiger du défenseur commercial un mandat de la partie. Examinons la question :

« Nul ne pourra *plaider* pour une partie devant ces tribunaux si la partie, présente à l'audience, ne l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial. » N'est-ce pas dire, nul ne plaidera s'il n'est mandataire de la partie, et, comme aucun avocat ne peut être mandataire, n'est-ce pas dire, *a fortiori*, le ministère des avocats est interdit auprès des tribunaux de commerce ? Et, ajoute-t-on, cette manière de voir n'est-elle pas fortifiée par la considération de ce qui se passait avant la législation du Code, sous l'empire des ordonnances des Rois ? Alors, et sans aucun doute possible, les avocats étaient absolument chassés des prétoires consulaires. « Les parties seront tenues de comparaître en personne, sans aucun ministère d'avocat ou de procureur, » dit l'édit de novembre 1563 ; et à chaque instant les Parlements rappelaient les juges consuls à l'observation de cet édit. Or nous savons que les rédacteurs du Code se sont inspirés en grande partie, relativement à la comparution commerciale, des idées du législateur précédent, qu'ils ont voulu suivre ses errements ; nous nous rappelons ces paroles de Maret : « Le fait doit être rapporté avec naïveté, autant que possible par les parties elles-mêmes. » Quoi d'étonnant dès lors que, voulant continuer la tradition, le législateur de 1807 ait prohibé le ministère

des avocats devant les tribunaux de commerce ? Pour ma part, j'inclinerais assez à me ranger à cet avis. On peut contre cette théorie invoquer l'utilité des avocats en toute matière, mais c'est précisément cette utilité, qu'à tort je le veux bien, mais enfin que n'a pas voulu reconnaître le législateur. Il est parti de cette conception fausse que, devant les juridictions consulaires, un fait seul devait être exposé, et nullement une théorie doctrinale ; il n'a pas voulu croire que le droit commercial était aussi difficile à connaître et à appliquer que le droit civil ou le droit criminel ; il n'a vu dans les avocats que des gens qui, par leur talent oratoire, l'habileté avec laquelle ils pourraient présenter un fait, nuiraient à cette naïveté désirée dans l'exposé de toute affaire commerciale. Écoutons sur ce point M. Gilet, dans son discours au Corps législatif ; il exprime bien cette idée : « Quant aux débats » des parties, l'ancien édit de 1349 avait fort bien ex- » primé combien ils devaient être simples. Il voulait » qu'on fit délaissier les parties de tous accessoires dila- » toires, et que, si elles faisaient pourchas sur ce, elles » n'en fussent pas moins forcées de procéder sur le prin- » cipal, et aller en outre. De là l'inutilité d'employer le » ministère des hommes de loi pour leur défense. Aussi » est-ce une maxime que le projet consacre dans l'ar- » ticle 13 (art. 627 du Code) ; et véritablement devant les » tribunaux de commerce les questions roulent bien moins » sur la loi que sur les faits, qui doivent être transmis » sans étude et sans art (1). » L'ordonnance du 10 mars 1825 vient encore confirmer cette manière de voir en prescrivant ceci : « Art. 1. — Lorsqu'une partie aura

(1) Locré, tome XX, p. 234.

» été défendue devant le tribunal de commerce par un tiers, il sera fait mention expresse, dans la minute du jugement qui interviendra, soit de l'autorisation que ce tiers aura reçue de la partie présente, soit du pouvoir spécial dont il aura été muni. » N'est-ce pas affirmer à nouveau qu'un mandataire seul peut prendre la parole pour un plaideur devant les juges consuls ? Or, nous le savons, un avocat, c'est une obligation professionnelle pour lui, ne peut être le mandataire de son client. L'exclusion des avocats des prétoires commerciaux, telle semble donc bien être la loi. En fait pourtant, les avocats plaident devant les tribunaux de commerce, et on n'exige pas d'eux la procuration dont parle l'ordonnance de 1825.

Devant les justices de paix et les conseils de prud'hommes les avocats ont libre accès ; aucun texte ne leur enlève le droit d'y plaider, ils peuvent donc s'y présenter. Mais je doute que le vœu de la loi soit qu'ils usent souvent de cette faculté. Leur ministère est trop coûteux pour de si petits procès, et généralement il est inutile à cause de la simplicité des questions à juger. Devant les conseils de prud'hommes notamment, le législateur n'a pas considérablement restreint le nombre des personnes capables d'y représenter un justiciable pour laisser le champ libre aux avocats.

CHAPITRE V.

DE LA COMPARUTION DEVANT LE JUGE CONCILIATEUR.

Devant qui se fait-elle ? — Est-elle publique ? — Est-elle forcément personnelle ? — Des mandataires qui peuvent aller pour les parties en conciliation. — Cas des huissiers. — Comment se fait la comparution ? — Sa sanction. — De la comparution en conciliation devant le bureau particulier du Conseil des prud'hommes, et devant le président du tribunal civil.

Nous avons vu que, de toute nécessité, pour obtenir justice, il fallait comparaître devant les tribunaux afin de réclamer cette justice.

Mus par un noble sentiment, voulant empêcher le plus possible ces divisions regrettables, ces haines sans fin, ces rancunes inoubliables que font naître les procès, croyant les hommes plus parfaits qu'ils ne sont peut-être, et susceptibles de renoncer à une mauvaise chicane, ou de sacrifier quelque chose dans un intérêt de paix, les philosophes du XVIII^e siècle ont enseigné que la comparution en justice devrait être précédée d'une autre comparution

devant un juge conciliateur. La mission de ce juge serait d'user de son influence sur les plaideurs, d'essayer de leur faire comprendre que le prétendu droit, sur lequel ils espèrent s'appuyer pour triompher dans leurs prétentions, n'existe pas, n'est qu'une illusion, de leur prêcher la concorde, leur conseiller la modération vis-à-vis d'un adversaire insolvable et digne de pitié, leur rappeler cette maxime : mauvais arrangement vaut mieux que bon procès. Le droit intermédiaire, faisant ce qu'autrefois avait ébauché le droit canon, ce qui, au dire de Voltaire, avait été fait en Hollande, les a suivis dans cette voie. Il a réalisé leur désir et fait d'une tentative de conciliation le préliminaire forcé de nombreux procès, mentionnés à l'article 48 du Code de procédure civile. Depuis on n'est jamais revenu sur cette décision.

Avant donc de se présenter en justice, deux adversaires doivent se donner rendez-vous devant le juge conciliateur.

Ce juge, généralement, est le juge de paix, conciliateur par excellence, comme son nom l'indique. Celui qui est compétent est tantôt celui du domicile du défendeur futur, car il a plus de chance que tout autre de le connaître et d'avoir de l'influence sur lui, tantôt celui du siège social, en matière de société, tantôt celui du canton où s'est ouverte la succession, en matière de succession. (Art. 50, Code de procédure civile.) Dans certains cas, la conciliation est tentée par le bureau particulier du Conseil des prud'hommes, ou par le président du tribunal civil. (Art. 877, Code de procédure civile.)

Parlons d'abord de la comparution devant le juge de paix, juge conciliateur. Elle est réglementée par les articles 48 à 58 inclusivement du Code de procédure civile.

Le demandeur commence par inviter son adversaire à se rencontrer avec lui, à un jour fixé, dans un lieu certain et déterminé, devant le conciliateur compétent.

Cette invitation est faite par ministère d'huissier pour les affaires du ressort des tribunaux ordinaires ; elle doit précéder d'au moins trois jours le moment de la comparution (art. 51), et contenir l'exposé sommaire des motifs de la demande. (Art. 52.)

Sur cette invitation le défendeur doit comparaître. Sera-ce à l'audience ? sera-ce dans le cabinet du juge ? sera-ce en secret ? sera-ce en public ? L'esprit de la loi, la raison semble exiger que les justiciables soient entendus à huis clos, affaire par affaire. Le juge remplira beaucoup plus facilement son rôle de médiateur, les parties seront beaucoup plus disposées à consentir des concessions respectives, si elles se trouvent seules en sa présence. Que le public assiste à leurs débats, non-seulement leur droit, mais aussi leur amour-propre sera en jeu. Par amour-propre, elles ne se concilieront pas. Gênées par l'assistance, elles ne discuteront pas aussi librement. Elles peuvent avoir entre elles des secrets qu'elles confieront au juge de paix, qu'elles ne voudraient pas dévoiler à tout un auditoire, et ces secrets peuvent être de puissants instruments d'accommodement. Ce qui se passe devant le conciliateur, ce n'est pas une véritable audience, c'est plutôt un débat de famille, une discussion entre gens obligés l'un vis-à-vis de l'autre, et cherchant un arrangement. Cette discussion n'appartient donc pas au public, comme un débat judiciaire ; il ne doit pas plus y être admis qu'à une entrevue qui se passerait dans l'étude d'un notaire ou d'un avoué, ou dans le cabinet d'un avocat. Le juge conciliateur ne tient point d'audiences soumises à la loi de la publicité ; sa mission

est toute gracieuse, comme lorsqu'il préside un conseil de famille, ou dresse un acte d'adoption. Or, personne ne soutiendra qu'il doive procéder à ces deux actes à l'audience et en public. C'est donc dans son cabinet, ou dans son prétoire, s'il le préfère, mais portes closes, qu'il s'acquittera de sa tâche.

Pourrait-il partout faire comparaître les parties devant lui en conciliation? La loi ne lui impose à ce sujet aucune obligation, il n'y aurait donc pas là une nullité. Mais ce procédé, pour être régulier en lui-même, ne devrait pas être recommandé. Ce n'est pas certes le vœu de la loi. Le juge de paix, pour jouir de toute son influence, peser efficacement sur les déterminations des justiciables, doit leur en imposer, et il leur en imposera beaucoup plus dans son cabinet, ou sa salle d'audience, que partout ailleurs. En outre il est juge, et doit s'entourer d'un certain appareil dans l'accomplissement de sa mission; la dignité de la justice l'exige, et cette dignité ne serait pas sauvegardée dans un essai de conciliation tenté au milieu d'une place ou au bord d'une route. Un juge de paix qui agirait ainsi serait certainement répréhensible, et répréhensible dans une large mesure.

Quand le juge de paix siège-t-il comme conciliateur? Aux jours et aux heures qu'il lui plaît d'indiquer, sans avoir à distinguer entre les jours fériés et ceux qui ne le sont pas. Sa mission, en effet, est de juridiction gracieuse. Dans la pratique, pour faciliter la marche des affaires, il doit indiquer un jour et une heure auxquels il tiendra régulièrement des audiences de conciliation; généralement il indique le moment d'avant ou d'après ses audiences judiciaires. C'est là un devoir professionnel pour lui, auquel d'ailleurs aucun juge de paix ne manque.

Nous savons où, quand, comment les parties sont appelées en conciliation, demandons-nous maintenant si leur comparution doit être personnelle. « Les parties comparaitront en personne ; en cas d'empêchement, par un fondé de pouvoir, » dit l'article 53. Il n'y a aucun doute à avoir sur la portée de cet article. Ce qu'il commande, ce qu'il exige, c'est la comparution personnelle ; il impose aux parties de venir elles-mêmes au bureau de paix.

Quand il s'agit de transiger, de se faire des concessions réciproques, de se laisser fléchir par des considérations personnelles, de famille peut-être, de renoncer à un procès, non pas tant parce qu'il est mauvais qu'en souvenir des relations d'autrefois, ou d'anciens services rendus, les plaideurs eux-mêmes, seuls, peuvent le faire, et nullement des mandataires. Ils sont susceptibles d'être touchés par des raisons qui laisseraient froids leurs représentants. Ils peuvent du reste accorder, à titre de transaction, des choses auxquelles un mandataire, de peur d'engager sa responsabilité, ne consentirait jamais. Une autre considération milite en faveur de la comparution personnelle. Si l'on admet les mandataires, quels seront ces mandataires ? Certainement les hommes d'affaires qui seront chargés plus tard du procès, si la conciliation échoue. Ne seront-ils pas alors portés à refuser tout arrangement, tout au moins à se montrer moins conciliants, dans l'espoir d'un gain futur ? Sera-t-il prudent de confier à ces hommes le soin d'anéantir la querelle dans son germe ? Sous quel aspect envisage-t-on une affaire en conciliation ? n'est-ce pas plutôt au point de vue de l'équité, de l'honnêteté, de l'opinion publique, très souvent en contradiction avec le droit et la loi, qu'au point de vue juridique pur ? On fait valoir des considérations de relations, de tranquillité,

de paix, qui sont tout à fait étrangères à la doctrine et au *summum jus*. Un homme de loi assistant l'intéressé ne ferait que rendre l'accord plus difficile en faisant valoir auprès de son client des arguments en faveur du procès. Voilà pourquoi, selon nous, la comparution en conciliation doit être éminemment personnelle, et il ne doit même pas être permis aux parties de s'y faire assister par des avocats. Malheureusement cette règle n'est pas généralement observée.

Ce n'est qu'au cas où la partie est empêchée, et qu'il lui est de toute impossibilité de se rendre au bureau de paix, qu'elle est autorisée à s'y faire représenter par un fondé de pouvoir. Mais il faut un réel empêchement, et un empêchement justifié ; autrement il serait trop facile d'éluuder la loi. C'est au juge à apprécier la valeur des motifs invoqués, et, s'il ne les trouve pas suffisants, il donnera défaut contre le non-comparant, et refusera d'entendre son mandataire. Il ne saurait se montrer sur ce point trop sévère.

Le fondé de pouvoir peut-il être quelconque ? En principe, oui, car tout le monde peut être mandataire, même les femmes, même les mineurs émancipés, et aucun texte n'est venu restreindre pour ce mandat particulier la liberté du mandant.

Le point fait doute pourtant pour les huissiers. La loi des 6-27 mars 1791 leur défendait, ainsi qu'aux avoués, greffiers et ci-devant procureurs et hommes de loi, de représenter les parties au bureau de paix. Leur amour présumé pour la chicane, leur avidité proverbiale pour les honoraires les en avait fait écarter. On redoutait que de pareils gens n'eussent plus à cœur de faire battre leurs clients, pour bénéficier des frais de procédure. que de les

concilier. Le Code de procédure ne reproduit point cette règle, mais l'article 18 de la loi du 25 mai 1838, inspiré par les idées qui avaient guidé le législateur de 1791, défendit aux huissiers de représenter des parties devant un juge de paix.

Cette incapacité, écrite dans l'article 18, s'applique-t-elle également à la comparution en conciliation ? voilà la question. Je la résous par l'affirmative. Pourquoi a-t-on écarté les huissiers des prétoires de paix ? Parce qu'on a craint leur amour de la chicane. Cette raison milite encore plus fortement contre eux en ce qui concerne la conciliation. Là surtout il faut apporter un esprit de concorde et un désir d'arrangement. Or *ubi eadem ratio, ibi idem effectus*, là où la raison de décider est la même, la décision doit être la même. Du reste, notre solution est d'accord avec le texte de la loi. L'article 18 défend aux huissiers de représenter les parties devant un juge de paix ; or, en les représentant en conciliation, ils les représenteraient devant un juge de paix.

Bien des auteurs pourtant ne partagent pas cette opinion, et, notamment, M. Curasson. (Tome II, p. 645.) Pour lui, dans le bureau de conciliation, le juge de paix n'exerçant qu'une juridiction purement gracieuse, les dispositions prohibitives de la loi, « qui n'ont en vue évidemment que » l'art. 9 du Code de procédure civile, c'est-à-dire la comparution devant le juge de paix statuant comme juge, » ne peuvent plus recevoir leur application. « Dira-t-on, » ajoute-t-il, que le législateur a voulu revenir à la législation de 1791, et écarter du bureau de paix tous ceux » qui seraient intéressés par état à ne pas voir le procès » s'éteindre ? Mais alors il fallait aussi en exclure les » avoués, les ci-devant hommes de loi, pour me servir de

» l'expression singulière de la loi de 1791, et surtout fermer l'accès du bureau de paix à ces agents d'affaires, à ces praticiens de campagne, aussi avides qu'ignorants, dont l'intervention est un fléau pour la société. La proposition en fut faite, mais elle a été écartée. » M. Curasson en conclut qu'interdire aux huissiers le droit de paraître aux bureaux de paix, comme fondés de pouvoirs, ce serait aller contre l'intérêt des parties, ce serait créer une incapacité que n'édicte pas la loi, et les incapacités sont de droit étroit. Ces raisons ne sont pas concluantes.

On dit en vain qu'exclure les huissiers de la représentation en conciliation serait revenir à la législation de 1791, ce que le législateur n'a pas voulu. Le législateur n'a certainement pas voulu revenir à cette législation, il n'a pas voulu éloigner des bureaux de conciliation tous ceux qu'en éloignait la loi de 1791 ; mais il a voulu en éloigner les plus dangereux, et il a jugé que ces plus dangereux étaient les huissiers, voilà pourquoi il n'a parlé que d'eux.

Ces fondés de pouvoir, admis dans certains cas, comment justifient-ils de leur qualité ? Ont-ils besoin d'un acte authentique, ou un simple sous-seing privé leur suffit-il ? Dans le silence de la loi sur ce point, il n'est pas possible de déroger aux règles générales sur la preuve et d'exiger que le pouvoir soit rédigé par-devant notaires. Ce serait du reste imposer aux parties des frais bien inutiles.

Une fois les adversaires, ou leurs mandataires, en présence devant le juge de paix, assisté de son greffier, comment se passe la comparution ? L'article 54 du Code de procédure civile la résume admirablement : « Le demandeur pourra expliquer, même augmenter sa demande, le défendeur former celles qu'il jugera convenables, le procès-verbal qui en sera dressé contiendra les condi-

» tions de l'arrangement, s'il y a lieu ; dans le cas contraire
» il fera sommairement mention que les parties n'ont pu
» s'accorder. » Le juge de paix écoute, dirige la discussion,
y met de l'ordre si cela est nécessaire, donne de bons conseils, encourage de tous ses efforts un arrangement, essaie de faire comprendre à l'un ses torts, de plaider la modération à l'autre. S'il réussit dans sa tâche, il fait dresser par son greffier procès-verbal de la comparution, y relate fidèlement l'arrangement intervenu, et le fait signer par les parties. Si au contraire les adversaires refusent de s'entendre, il dresse un procès-verbal sommaire de leur comparution, à la fin duquel il relate l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de les concilier, et il les renvoie. La comparution est terminée.

Dans le cours de cette comparution, deux incidents peuvent se produire : 1^o L'un des adversaires peut déférer le serment à l'autre. (Art. 55.) Le juge de paix devra recevoir ce serment, ou faire mention dans son procès-verbal du refus de le prêter, constaté chez celui auquel il était déféré ; mais il ne peut faire autre chose et dépasserait ses droits en déférant le serment d'office. Comme conciliateur il ne doit que conseiller, jamais imposer. 2^o Il peut arriver que les comparants se laissent entraîner à des scènes regrettables et manquent de respect au juge, celui-ci en dressera procès-verbal et pourra faire poursuivre correctionnellement les coupables, mais il ne pourra les condamner lui-même, comme il le ferait s'il siégeait comme juge. Un conciliateur, je le répète, n'est pas un juge, et, par suite, ne saurait condamner.

Cette tentative de conciliation imposée aux plaideurs avant l'introduction de leurs instances était une innovation sur l'ancienne procédure des ordonnances. Elle pouvait

paraître fastidieuse et gênante à des gens plus désireux de lutter entre eux que de chercher à s'entendre, comme le sont généralement les adversaires. Le législateur comprit qu'il devait sanctionner l'obligation qu'il créait, sans quoi personne ne se soumettrait à la loi, et les bureaux de paix resteraient déserts. Il voyait dans ce préliminaire de certains procès une mesure d'ordre public, il ne pouvait pas laisser aux parties la faculté de s'en passer ou d'y recourir à leur gré. Aussi édicta-t-il des peines sévères contre les plaideurs processifs qui oublieraient volontairement l'existence du conciliateur.

La loi des 16-24 août 1790 (art. 10) punit d'une amende de 9 livres l'intimé qui n'a pas comparu au bureau de paix, mais lui seulement, et pour le cas où le jugement est réformé; d'une amende de 18 livres ceux qui ont interjeté appel sans se présenter devant le juge conciliateur. Cette loi était insuffisante; elle ne punissait pas l'intimé victorieux, pourtant aussi coupable que le vaincu, car à tous deux également la loi avait fait un devoir de la conciliation; le demandeur dans certains cas échappait aussi à la peine. Le décret des 6-27 mars 1791 (art. 22) améliora la situation. Il porta l'amende à trente livres et la prononça aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur, tout en ne frappant toujours celui-ci que lorsqu'il perdait sa cause. Le Code de procédure mit fin à toutes ces anomalies. Sans distinguer entre les parties, il les frappe également, en cas de non comparution, d'une amende de 10 francs, et il indique que toute audience doit leur être refusée jusqu'à ce qu'elles aient justifié de la quittance. Ainsi, de nos jours, si on ne se rend pas à l'audience de conciliation, qu'on soit demandeur ou défendeur dans la cause, qu'on gagne ou perde plus tard son procès,

peu importe, on est condamné à une amende de 10 francs, et toute audience est refusée au condamné jusqu'à ce qu'il ait satisfait à sa condamnation. (Art. 56, Code de procédure civile.) Le défaut est constaté par le greffier de paix à l'aide d'une simple mention faite sur l'original ou la copie de la citation, selon que le défendeur ou le demandeur se présente seul à la conciliation. (Art. 58.) Le tribunal civil prononce plus tard la condamnation quand l'affaire est portée devant lui, et le défaillant est alors admis à faire valoir ses excuses. Le conciliateur n'étant point un véritable juge, on n'a pas pu lui confier ce pouvoir. On a craint du reste que les justiciables, voyant en lui un homme pouvant les condamner, n'aient plus la même confiance dans ses conseils.

Ainsi se passe la comparution en conciliation qui doit précéder les affaires de la compétence des tribunaux d'arrondissement sujettes à ce préliminaire. Ainsi se passait autrefois la comparution en conciliation pour les affaires portées en appel. Ces affaires n'y sont plus soumises de nos jours ; on a pensé, et avec raison, qu'un premier essai étant demeuré infructueux, il était inutile d'en tenter un second, au moment même où les parties étaient encore plus aigries et où leur animosité était excitée par le premier procès.

Les affaires de la compétence des juges de paix sont aussi nécessairement soumises à ce préliminaire depuis la loi du 2 mai 1855, excepté celles qui requièrent célérité et celles dans lesquelles le défendeur est domicilié hors du canton, ou des cantons de la même ville. La loi de 1838 s'était bornée à recommander cette formalité aux juges de paix et à leur conseiller de ne point juger un différend avant d'avoir appelé les parties devant eux en

conciliation. (Art. 17 de la loi du 25 mai 1838.) Cette comparution se passe beaucoup plus simplement que celle dont nous venons de parler. Les plaideurs sont invités à se rendre devant le juge, non plus par une citation faite à la requête de l'adversaire, mais par un simple billet d'avertissement, rédigé et délivré par le greffier, et envoyé au défendeur, au nom du juge de paix, sous bande simple, scellée du sceau de la justice de paix, avec affranchissement. Ces billets d'avertissement sont transmis par la poste, et ne peuvent être délivrés directement, ni par des intermédiaires. (Instr. g. des sc. 22 avril 1856.) La comparution n'est pas obligatoire et le juge de paix n'est pas forcé de dresser procès-verbal de l'arrangement intervenu, s'il en intervient un. (Art. 17, loi du 25 mai 1838, modifié par la loi du 2 mai 1855.)

Enfin les affaires de la compétence des Conseils de prud'hommes sont également soumises à un préliminaire de conciliation. Ce préliminaire ne se passe plus devant le juge de paix, il se passe devant le bureau particulier du Conseil. Il a été ainsi organisé par l'avis du Conseil d'Etat du 20 février 1810, contenant nouvelle rédaction du décret du 11 juin 1809 portant règlement sur les conseils de prud'hommes, dans son titre VI, aux articles 32, 33, 34 et 35 : Les adversaires sont invités, par lettre du secrétaire ou par citation d'huissier, à se présenter à un jour fixe devant le bureau particulier, composé de deux membres, l'un chef d'atelier, contre-maitre ou ouvrier patenté, l'autre patron. Les parties comparaissent devant ce bureau, sans pouvoir être admises à faire signifier aucune défense. Elles sont tenues de s'expliquer avec modération et de se conduire avec respect ; si elles méconnaissent cette obligation, elles sont d'abord rappelées à leur devoir par un

avertissement du prud'homme patron ; en cas de récidive le bureau particulier peut les condamner à une amende qui ne doit pas excéder 10 francs, avec affiches du jugement dans la ville où siège le conseil ; dans le cas d'insulte ou d'irrévérence grave, le bureau en dresse procès-verbal et peut condamner le coupable à un emprisonnement dont la durée ne peut excéder trois jours. Les parties sont entendues contradictoirement, le bureau ne néglige rien pour les concilier et il ne les renvoie devant le bureau général que quand il ne peut y parvenir.

Le décret ne parle pas de la rédaction d'un procès-verbal, c'est donc que cette rédaction n'est pas nécessaire. Le greffier mentionnera simplement sur son registre le renvoi devant le bureau général, ou inscrira l'arrangement, s'il en intervient un, car il faut bien un moyen de constater cet arrangement pour pouvoir le faire exécuter si plus tard il vient à être nié. On agit ainsi pour éviter les frais de l'expédition d'un procès-verbal ; nous sommes ici devant une juridiction qui doit avant tout être peu coûteuse.

Le décret ne parle pas non plus d'une amende à infliger au défaillant, c'est donc que, comme pour les affaires de la compétence des juges de paix, aucune sanction n'est mise à la comparution en conciliation. On n'a pas voulu, par une peine qui viendrait frapper le non-comparant, l'irriter contre son adversaire, et nuire à la nouvelle tentative d'arrangement que, devant ces juridictions de famille, le juge peut toujours faire avant de rendre son jugement.

En dernier lieu nous avons à parler d'une comparution en conciliation d'un genre particulier que nous rencontrons dans certaines affaires qui, par leur nature, échappent

pent à la conciliation ordinaire. Les demandes en séparation de corps et en divorce doivent être précédées d'une tentative de conciliation, mais cette tentative ne se passe plus devant le juge de paix ; elle a lieu devant le président du tribunal, dans son cabinet. L'époux demandeur doit faire citer son conjoint à comparaître devant le président, au jour que celui-ci a indiqué dans son ordonnance en réponse à la requête qui lui a été présentée à cette fin.

Les parties sont tenues de comparaître en personne, sans pouvoir se faire assister d'avoués, ni de conseils (art. 877, Code de procédure civile), mais aucune sanction n'est mise à cette obligation. Le président fait aux deux époux les représentations qu'il croit propres à opérer un rapprochement (art. 878) ; il use de toute son influence pour les engager à renoncer à leur instance, et n'autorise la continuation de la procédure que lorsque ces efforts sont restés infructueux. On a choisi pour conciliateur, dans ce cas, le président du tribunal à cause de la situation élevée qu'il occupe et qui donne à ses paroles et à ses conseils un plus grand poids et une plus grande influence.

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude de la comparution en conciliation.

APPENDICE

De la Comparution des parties employée comme mode d'instruction. — De son existence. — De la manière dont elle se passe.

§ 1.

Jusqu'ici nous avons vu les parties comparaissant pour venir demander justice. Ces parties, avons-nous dit, comparaissent soit par elles-mêmes soit par mandataires. Quand elles comparaissent par mandataires, il peut être utile quelquefois de les faire venir elles-mêmes à la barre. Des faits présentent souvent une toute autre valeur à être racontés par les parties elles-mêmes plutôt que par leurs représentants. Notre système de procédure actuel, en éloignant les parties de la barre dans nombre de tribunaux, en ne leur permettant en général que le rôle d'assistants et d'écoutants dans leurs propres affaires, en leur imposant le ministère d'avoués, présente, certes, de grands avantages, mais il a aussi cet inconvénient de priver les juges des lumières, des éclaircissements qui résulteraient pour eux du ton, des gestes, de l'attitude des parties dans l'exposé qu'elles leur feraient de leur procès. Or souvent ce ton, cette attitude, ces gestes, sont le seul moyen qu'au-

rait un tribunal de découvrir la vérité. Le récit d'un homme d'affaires, habile dans l'art oratoire, sachant élaguer de sa narration les paroles dangereuses, fait souvent paraître vraie une chose qui, si elle était rapportée par l'intéressé lui-même, avec les réticences, les hésitations, les contradictions, les invraisemblances qu'on apporte toujours dans l'exposé d'un fait qu'on sait être faux, apparaîtrait sous son véritable jour d'invention mensongère, imaginée pour surprendre la bonne foi du tribunal. Souvent une question insidieuse, posée à propos par le juge, peut amener le comparant à se couper dans ses dires, et ainsi à se trahir lui-même pour la plus grande manifestation de la vérité, chose qui n'arrivera jamais avec un avoué, d'abord parce qu'il est rusé par métier et sait ne pas se mettre ainsi en contradiction avec lui-même, ensuite parce qu'on ne saurait attacher à sa contradiction, qu'il peut toujours expliquer par une incomplète connaissance des faits de la cause, la même importance qu'à celle de la partie elle-même, qui ne saurait arguer de pareille ignorance. Souvent aussi la majesté de l'audience contraindra un plaideur à abandonner le misérable système qu'il a échafaudé pour revenir à la vérité. Il redoutera de mentir effrontément en public, devant des gens qui pourront plus tard lui reprocher son mensonge ; il mentira sans vergogne à son avoué ou au juge enquêteur, personne ou presque personne n'étant appelé à savoir au juste ce qu'il a dit.

La nécessité de faire comparaître quelquefois les parties elles-mêmes à la barre est donc amplement démontrée. Le législateur lui-même l'a reconnue pour les justices de paix et les tribunaux de commerce. La circulaire ministérielle du 6 juin 1838, et l'article 428 du Code de

procédure permettent aux juges de paix et aux juges consuls de mander d'office devant eux les parties elles-mêmes pour les interroger.

En est-il de même devant les juridictions ordinaires? Je n'hésite pas à l'affirmer. Si ce mode d'instruction n'existait pas, bien souvent, quand des adversaires sont contraires en fait et que le juge aura de sérieuses raisons de soupçonner la mauvaise foi chez l'un d'eux, sans pouvoir discerner chez lequel, n'ayant pas le moyen de recourir au seul procédé d'éclairer sa conscience qui lui reste, l'interrogatoire des parties, il se verra forcément condamné à rendre une mauvaise justice. Cela ne se peut pas. Si le juge croit la présence effective des parties à la barre nécessaire à son édification, s'il croit que de leur interrogatoire peut jaillir la lumière, il peut ordonner ce procédé d'instruction. *Cui jurisdictio data est, ea quoque censentur concessa sine quibus jus dicere non potest*, disaient déjà les lois romaines ; et, parlant plus spécialement de cette audition des plaideurs par les magistrats, elles ajoutaient par la bouche d'Ulpien : *Ubicumque judicem æquitas moverit, æque oportere fieri interrogationem dubium non est*. (Loi 21, D. de Interrog. in jur. fac.) Notre vieux droit national suivit longtemps ces préceptes. Ils furent malheureusement oubliés quand l'usage de l'écriture, en se répandant, fit préférer à toutes autres la procédure secrète. L'interrogatoire sur faits et articles fut alors seul admis. L'ordonnance de 1667 continua ces errements, mais la prohibition de la comparution des parties à la barre tomba bientôt devant le bon sens public. Pigeau put écrire : « L'ordonnance ne permet cette voie (la comparution des parties) qu'aux consuls, elle se pratique néanmoins dans les autres tribunaux, parce qu'elle

» est fondée sur la raison, qui est la mère de toutes les lois (1). »

Actuellement la jurisprudence et la doctrine (Boncenne, tome II, p. 460. — Carré et Chauveau, art 119. — Boitard, tome I, n° 332. Boitard, Colmet d'Aage et Glasson, n° 252) sont unanimes à reconnaître au tribunal ce pouvoir de faire appeler devant lui les justiciables, lorsqu'il le juge à propos. La raison, dit-on, à défaut d'un texte formel, le commande ainsi. Ce texte du reste existe, c'est l'art. 119 du Code de procédure civile : « Si le jugement ordonne la comparution des parties, il indiquera le jour de la comparution. » Si le tribunal peut ordonner la comparution des parties, c'est que les parties peuvent comparaître.

On a bien essayé de donner une autre interprétation de cet article 119, et de soutenir qu'il était simplement régulatif, et nullement attributif, qu'il avait pour seul objet de prescrire la mention du jour de la comparution, lorsque le tribunal l'ordonne dans les cas prévus par la loi, tels qu'une prestation de serment, ou l'hypothèse de l'ancien article 244 du Code civil, mais que, en dehors de ces cas spéciaux où la loi elle-même force les parties à comparaître en personne, la comparution personnelle n'est point admise dans nos lois, que ce n'est pas d'un texte aussi ambigu que l'article 119, et placé au titre des jugements et nullement aux titres de l'instruction, qu'on peut faire résulter la résurrection d'un usage autrefois prohibé. On dit : si les juges ont des renseignements à demander à une partie, c'est par la voie de l'interrogatoire sur faits et articles qu'ils doivent procéder, comme cela était prescrit par l'ordonnance de 1667.

(1) Pigeau, *Procédure du Châtelet*, tome I, p. 252.

Malgré la force de ces arguments, cette manière de voir n'a pas triomphé. La comparution des parties est un mode d'instruction nécessaire, indispensable, dont on ne saurait se passer. On a voulu le bannir en 1667, et la pratique a été obligée de rapporter l'arrêté d'expulsion. L'interrogatoire sur faits et articles est complètement insuffisant et ne saurait remplacer notre mode d'instruction, auquel il est presque en tout inférieur.

Dans la comparution personnelle, le tribunal entier assiste et participe à l'interrogatoire, chaque juge fait ses observations particulières, et cherche à saisir le geste, l'attitude, l'inflexion de voix révélateurs ; dans l'interrogatoire sur faits et articles les questions sont posées par un seul juge, en dehors de la présence du tribunal, qui n'apprend que l'impression produite sur son collègue par les dépositions du plaideur. La comparution personnelle est publique, elle se fait à l'audience, devant tout le monde, ce qui peut empêcher le mensonge de la part du justiciable ; l'interrogatoire sur faits et articles est secret. Dans la comparution personnelle, les questions sont posées à la partie, sans avertissement, sans notification, sans communication préalable ; dans l'interrogatoire sur faits et articles, la partie qui doit être interrogée doit recevoir de son adversaire, au moins vingt-quatre heures à l'avance, la liste des questions qui lui seront posées, de telle sorte qu'elle peut tout à loisir préparer ses réponses et les composer de telle sorte qu'elles ne laisseront nullement transpirer la vérité. Elles seront tout au moins dépourvues de cette naïveté qui serait une de leurs principales qualités et qu'elles auraient eue si elles n'avaient pu être arrangées à l'avance. Enfin l'interrogatoire doit être demandé par la partie adverse, il ne saurait être ordonné d'office, comme la comparution ; si donc la

partie restait muette, le juge se trouverait désarmé, et obligé de statuer sur une affaire dans laquelle la lumière pour lui ne serait point encore faite, lumière que, si facilement, il pourrait faire luire à ses yeux.

La seule constatation de ces avantages suffit pour démontrer l'existence de notre procédé d'instruction.

Au reste, les principes généraux suffisent pour l'établir; *cui jurisdictio data est, ea quoque censentur concessa sine quibus jus dicere non potest*. Dès lors il faudrait un texte pour abolir cette comparution, ce texte n'existe plus, comme sous l'ordonnance de 1667, donc les juges peuvent, quand ils le veulent, mander devant eux les plaideurs.

§ 2.

Ayant démontré l'existence, comme mode d'instruction, de la comparution des parties, il nous reste à parler de cette comparution elle-même.

Si les parties se trouvent dans l'auditoire au moment où leur présence se fait sentir, le tribunal les appelle immédiatement devant lui, sans autre forme de procès. Pourquoi d'autres en effet? elles seraient complètement inutiles. Si au contraire elles n'assistent pas aux débats, le tribunal fixe le jour où il les entendra, et elles sont prévenues de la décision par la signification qui leur est faite du jugement. Au jour dit, elles se rendent au prétoire. A l'appel de la cause elles s'avancent à la barre; elles s'y tiennent debout et tête nue, dans une tenue décente et une attitude respectueuse. Elles répondent en personne aux questions qui leur sont posées, sans pouvoir lire un projet écrit d'avance (arg. d'analogie des articles

271 et 333 du Code de procédure civile), afin de laisser plus de naïveté à leurs réponses et n'en faire que le résultat de leurs souvenirs. Elles ont le droit de s'interpeller réciproquement par l'organe du président; leurs défenseurs ont également ce droit. Lorsque le tribunal se croit suffisamment éclairé, il met fin à l'interrogatoire et renvoie les parties après leur avoir posé toutes les questions que les circonstances lui ont suggérées, et sans qu'aucune limite soit apportée à son droit d'interrogation. Quand la comparution avait pour but de leur faire prêter serment, elles le prêtent dans les formes ordonnées.

Si le tribunal n'éprouve le besoin d'interroger qu'un seul des plaideurs, il fera venir ce seul plaideur devant lui; la présence de l'autre à son interrogatoire n'est nullement nécessaire. Cette formalité n'est prescrite nulle part, pourquoi la supposer? Les formalités sont déjà trop nombreuses dans notre procédure pour qu'on en suppose qui n'existent pas, c'est l'opinion de la jurisprudence et c'est aussi celle des auteurs (1). L'opinion contraire, basée sur le texte de l'article 119 qui parle de la comparution *des parties*, n'a pas triomphé.

Examinons enfin une dernière question relativement à cette comparution des parties. Doit-elle forcément avoir lieu à l'audience et en public? Peut-elle avoir lieu en chambre du Conseil?

En matière commerciale, l'article 428 du Code de procédure civile permet d'entendre les parties à l'audience ou en chambre du Conseil. Par analogie on a voulu en conclure qu'en matière civile il pouvait en être de même. On a combattu cette théorie à l'aide d'arguments assez forts.

(1) Voir à ce sujet Chauveau, n° 202, et Dalloz, Jurisprud. Gén. v° *Instruc. civ.* n° 97.

On a dit : le principe général est que les choses de la justice doivent se passer au grand jour ; on ne peut déroger à cette règle d'ordre public que si un texte formel le permet, et ce texte ne peut jamais être considéré que comme édictant une exception, et, par conséquent, comme n'étant pas susceptible d'extension. C'est le désir de terminer rapidement les affaires commerciales, toutes par nature urgentes, qui a fait édicter l'article 428 afin de faciliter la besogne des tribunaux consulaires, mais la disposition de cet article ne doit pas être étendue.

Qu'on n'objecte pas qu'aucune formalité n'est prescrite pour cette comparution. Elle est toujours dominée par les règles générales du droit, qui veulent la publicité des débats, et cette comparution fait partie des débats. On invoque ensuite les raisons faisant dire que la vérité sortira plutôt d'une comparution publique, et que nous avons déjà indiquées.

La jurisprudence, avec raison, suit une autre doctrine. Elle admet que, si les circonstances l'exigent, la comparution peut avoir lieu en chambre du Conseil. (Cass. ch. civ. 12 mai 1879. — Sirey, 79, 1, 346.) La jurisprudence argumente de l'article 428, permettant d'agir ainsi en matière commerciale. Elle en conclut que l'esprit de la loi est de laisser aux tribunaux la faculté d'ordonner, en toutes matières, la comparution en chambre du Conseil, car pour elle il n'y a aucune raison spéciale d'agir différemment en matière civile et en matière commerciale. Elle trouve à sa thèse ce grand avantage qu'elle permet d'éviter un inconvénient. Certaines personnes timides ne parviendraient jamais à s'expliquer clairement en public ; elles seraient intimidées et ne feraient que balbutier. On entendra ces personnes en chambre du Conseil.

Cette comparution est-elle forcée ?

Elle est forcée en ce sens que, si l'appelé ne comparait pas, son défaut sera expliqué contre lui, et les faits pourront être tenus pour avérés. (Arg. de l'art. 330 du Code de procédure civile.) Mais ce n'est point une obligation pour le tribunal de juger ainsi. Il a toute latitude pour apprécier comme il l'entendra la non-comparution du plaideur. Nous argumentons ici de l'article 330, bien qu'il soit au titre de l'interrogatoire sur faits et articles, mais personne n'a jamais hésité un seul instant à l'appliquer à la matière qui nous occupe. (Carré et Chauveau, n° 502. — Boncenne, tome II, p. 467. — Toullier, tome X, page 431, n° 299. — Dalloz, Juris. Gén. v° *Instr. civ.* n° 106.)

Telle est la comparution des parties employée comme mode d'instruction ; nous ne pouvions pas ne pas en dire un mot en parlant d'une façon générale de la comparution devant les juridictions civiles.

CONCLUSION

Notre tâche est maintenant terminée. Nous avons essayé de montrer, dans les pages qui précèdent, ce que l'on entendait par le mot comparution, et les règles qui s'appliquent à cette comparution dans les différents sens de ce mot. Nous avons parlé de ceux qui pouvaient comparaître, de la manière dont ils pouvaient le faire, des personnes dont ils pouvaient ou devaient être assistés, de celles enfin qui, devant certains tribunaux, devaient forcément les représenter.

Notre étude sur bien des points mériterait d'être complétée et approfondie, et il faudrait des volumes pour traiter de la comparution en entier, et dans tous ses détails. Mais notre travail aura, du moins nous l'espérons, le mérite de la nouveauté. Rien jusqu'à ce jour, à notre connaissance, n'avait été fait sur cette matière ; ce qui concernait la comparution était épars un peu partout dans les ouvrages juridiques, et on n'en parlait qu'accessoirement, en traitant d'autres choses.

C'est pourtant une partie importante de la procédure. Du plus ou moins de dignité donnée à la comparution dépend le plus ou moins de respect des justiciables pour la justice. Or, ce respect dû à la justice est une nécessité fondamentale dans tout Etat policé. Là où la justice est respectée, règne l'ordre et la prospérité ; là où elle ne

l'est plus, règne l'anarchie. De la manière dont cette comparaison est organisée, du plus ou moins de latitude donné aux parties de s'expliquer, du plus ou moins de facilité qui leur est concédé pour se faire aider et assister dans leur défense, des précautions prises pour écarter la ruse et la mauvaise foi du prétoire, dépend la bonne administration de la justice.

Voilà pourquoi nous avons été séduits par cette idée : Résumer et coordonner en un tout, rassembler ces notions, autrefois disséminées et sur lesquelles, par suite, l'attention n'était pas suffisamment attirée. Nous avons été d'autant plus poussés à ce travail que nous sommes à une époque de transformation, à un moment où, de tous côtés, le vieil édifice de la procédure est sapé et attaqué, non-seulement par les particuliers dans leurs conversations, ou par le Parlement, dont les membres déposent à chaque instant sur le bureau des Chambres des projets de lois de procédure, mais encore par le Gouvernement lui-même, qui a constitué depuis quelque temps auprès du ministère de la justice une commission, dite de la réforme de la procédure, chargée de reviser le Code de 1806. Les Russes, les Allemands, les Italiens, nous précédant dans cette voie, ont tous refondu leur procédure depuis une dizaine d'années. A un pareil moment il est intéressant d'étudier les lois anciennes pour se faire une idée de l'opportunité et de la nécessité des modifications proposées. Faire ce travail pour la comparaison a été notre but.

Puissions-nous n'avoir point été trop au-dessous de nôtre tâche !

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Les servitudes *prædiales* passives ne donnent pas lieu à garantie du chef d'éviction.

II. — L'individu proclamé libre dans un *præjudicium libertatis* n'est pas réputé tel *erga omnes*, mais seulement vis-à-vis de son adversaire au *præjudicium*.

III. — A Rome, les obligations nées des délits pouvaient aussi bien être cautionnées par la *fidejussio* que les obligations nées des contrats.

IV. — La *fidejussio* contractée *in duriores causam* n'était pas seulement nulle pour partie, elle était nulle pour le tout.

V. — L'expression *via*, d'abord uniquement usitée pour indiquer les passages publics, servait aussi, à l'époque classique, à désigner une servitude de passage sur les chemins privés.

VI. — Le *vindex* ne représentait pas le défendeur; il avait un rôle particulier; il faisait valoir un droit qui lui

était propre ; il réclamait un individu qu'un tiers voulait mettre sous sa puissance, et rendait ainsi incertain le droit de ce tiers d'exercer vis-à-vis du défendeur son jugement de justice privée.

VII. — A l'époque de la loi des Douze Tables et à l'époque classique, un Romain ne pouvait jamais *vocari in jus*, être appelé en justice, dans son domicile.

VIII. — La promesse *illum sisti* ne constituait pas une exception à la règle qu'on ne peut pas promettre le fait d'autrui ; on peut fort bien la comprendre comme une application de cette règle.

DROIT CIVIL

I. — L'inconduite de la femme antérieure au mariage, et dissimulée au mari au moment de l'union, ne saurait constituer une cause de séparation de corps ou de divorce, lorsque celui-ci vient à l'apprendre.

II. — Le mari a le droit d'intercepter les lettres écrites par sa femme, ou adressées à celle-ci par un tiers.

III. — Le bailleur, agissant en vertu de l'article 2102 du Code civil et faisant saisir dans les délais légaux, sur des tiers acquéreurs de bonne foi, les meubles garnissant la maison ou la ferme par lui louée, n'est pas obligé de rembourser à ces tiers acquéreurs le prix que les meubles leur ont coûté.

IV. — Le jugement obtenu par le créancier d'une succession contre l'héritier, et condamnant ce dernier comme

héritier pur et simple, ne produit jamais qu'un effet relatif, se restreignant aux parties en cause dans le procès.

V. — Les prélèvements constituent des droits personnels et non des droits réels.

DROIT CRIMINEL

I. — Les préfets dans les départements, le préfet de police à Paris, n'ont pas le droit, en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, de saisir les lettres à la poste.

PROCÉDURE CIVILE

I. — La réintégrande existe toujours et fonctionne indépendamment de la plainte.

II. — Il n'existe pas de nos jours d'actions mixtes pouvant par suite attribuer compétence alternativement au tribunal de la situation ou au tribunal du domicile du défendeur, mais il y a souvent concours d'actions sur le même objet, permettant de choisir entre divers tribunaux.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — La commune qui a accepté avec autorisation du gouvernement un legs à elle fait d'une somme destinée à la fondation d'un établissement congréganiste ne peut s'engager à maintenir à perpétuité l'établissement ainsi fait.

II. — Une femme en France ne saurait être admise à prêter le serment d'avocat.

DROIT COMMERCIAL

I. — Les juges de paix sont absolument incompétents pour connaître d'aucune action commerciale.

II. — Le ministère des avocats n'est pas légal devant les juridictions consulaires.

DROIT INTERNATIONAL

I. — Les sociétés anonymes étrangères ne peuvent jamais ester en justice en France, soit comme demandresses, soit comme défenderesses, à moins que des traités diplomatiques ne les y autorisent.

II. — La comparution n'est jamais obligatoire pour les agents diplomatiques étrangers, qu'ils soient étrangers ou Français.

VU ET APPROUVÉ :

Les Membres de la Commission,

F. DESSERTAUX, DUVERDIER DE SUZE.

Vu :

Le Doyen,

VILLEQUEZ.

Permis d'imprimer.

Le Recteur de l'Académie de Dijon,

C. CHAPPUIS.

TABLE DES MATIÈRES

THÈSE ROMAINE

Des Modes d'introduction de l'instance civile.

PROLÉGOMÈNE	5
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I. — DU RÈGLEMENT DE L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE PAR LA LOI DES DOUZE TABLES.	20
CHAPITRE II. — DU RÈGLEMENT DE L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE PAR LE PRÊTEUR	35
SECTION I. — De l' <i>in jus vocatio</i> dans la législation du préteur.	36
SECTION II. — Du <i>vadimonium</i>	51
SECTION III. — De la <i>cautio in jure sistendi</i>	55
APPENDICE. — Du droit d'évocation du magistrat et de la manière d'agir contre les <i>indefensi</i>	70
CHAPITRE III. — DU RÈGLEMENT DE L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE SOUS LA LÉGISLATION DES EMPEREURS	73
§ 1. — Des modifications apportées par les empereurs aux anciens modes d'introduction de l'instance	74
§ 2. — De la <i>litis denuntiatio</i> et de sa modification, la <i>libelli conventio</i>	77
§ 3. — Des cautions <i>in jure sistendi</i> et <i>præstanda ab his qui de proprio territorio sibi obnoxios abstrahunt</i>	91
CONCLUSION	97

THÈSE FRANÇAISE

Essai sur la comparution devant les juridictions civiles.

INTRODUCTION	101
CHAPITRE I. — DE LA CAPACITÉ REQUISE POUR COMPARAÎTRE	107
SECTION I. — Aptitude à comparaître des Français, des étrangers, des Sociétés anonymes étrangères.	107
SECTION II. — Possibilité de comparaître par mandataire. — Règle : Nul ne plaide par procureur. — Conditions exigées des mandataires	118
SECTION III. — Des incapacités de comparaître personnellement.	132
CHAPITRE II. — DE LA COMPARUTION PAR AVOUÉ	142
SECTION I. — Des avoués, de leur rôle, de leur utilité, de leur histoire, des causes où leur ministère n'est pas obligatoire.	142
SECTION II. — De la comparution au sens technique du mot.	160
SECTION III. — Des formalités qui précèdent et accompagnent la comparution	167
CHAPITRE III. — DE LA COMPARUTION PERSONNELLE	182
SECTION I. — De la comparution devant les Justices de paix. — De la personnalité de cette comparution. — Des formalités qui la précèdent et l'accompagnent	183
SECTION II. — De la comparution devant les Tribunaux de commerce. — De sa personnalité. — Des agréés. — Des formalités exigées	193
SECTION III. — De la comparution devant les Conseils de prud'hommes	208
SECTION IV. — De la comparution devant le juge des référés.	210
CHAPITRE IV. — RÈGLES COMMUNES AUX DEUX MODES DE COMPARUTION	213
SECTION I. — La comparution est-elle publique? Où et quand doit-elle avoir lieu?	214

SECTION II. — La comparution est-elle forcée? — Du défaut du demandeur. — Du défaut du défendeur. — Des personnes qui ne sont point tenues de comparaître.	222
SECTION III. — Les parties peuvent-elles se faire assister dans leur comparution. — Des avocats et de leur monopole. — Des exceptions à ce monopole	235
CHAPITRE V. — De la comparution devant le juge conciliateur. — Devant qui se fait-elle? — Est-elle publique? — Est-elle forcément personnelle? — Des mandataires qui peuvent aller pour les parties en conciliation. — Cas des huissiers. — Comment se fait la comparution? — Sa sanction. — De la comparution en conciliation devant le bureau particulier du Conseil de prud'hommes et devant le président du tribunal civil	252
APPENDICE. — De la comparution des parties employée comme mode d'instruction. — De son existence. — De la manière dont elle se passe	266
CONCLUSION	275
POSITIONS.	277





